

DERECHO DE ASILO Y PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Kahale Carrillo, Djamil Tony
Departamento de Ciencias Jurídicas
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)
djamiltony.kahale@udima.es

RESUMEN

La ponencia es el resultado de la investigación titulada *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, obra que ha sido galardonada por la Fundación Aequitas (Premio VIII). El libro analiza la evolución del derecho de asilo frente a los motivos de género y aporta las herramientas necesarias para prevenir y erradicar esta lacra que asecha, entre otras, a las mujeres extranjeras. En este sentido, determina los requisitos específicos para que las mujeres extranjeras puedan acceder a la condición de refugiado según el ordenamiento jurídico español, especialmente a lo dispuesto en la nueva Ley reguladora de asilo y de la protección subsidiaria. Asimismo, aborda las cuestiones procedimentales del procedimiento de asilo, en las que se deben tener en cuenta las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Organización Mundial de la Salud, el Instituto de la Mujer y el Ministerio del Interior. De igual manera, estudia la evolución administrativa y jurisprudencial en materia de asilo y violencia de género en España, y propone las pautas que se deberían tomar en cuenta a la hora de escribir la historia de vida de la víctima cuando solicita el asilo, en el que es necesario tener en cuenta el estado emocional que trae y sus circunstancias personales. Por tanto, se presentan en esta ponencia las conclusiones más relevantes del estudio.

PALABRAS CLAVE

Asilo, protección internacional, circunstancias humanitarias, refugiado, género, mujer, violencia, mutilación genital.

I. FORMAS DE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

La violencia contra las mujeres no solo se extiende a las agresiones físicas, sino también a otros tipos de atentados contra la dignidad de la mujer; entre ellos violencia sexual, psíquica, física, ambiental y patrimonial. Bajo este contexto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha señalado que la violencia puede manifestarse de diferentes maneras:

1.1.- Obligación de acatar valores, normas, costumbres violentas o sufrir discriminación grave por el simple hecho de ser mujer

Se refiere a aquellas personas que no cumplen con la función asignada por las normas religiosas o aquellas que se niegan a obedecer los códigos sociales y, por consecuencia, son perseguidas. Estas normas pueden incluir, por ejemplo, restricciones al empleo, educación, códigos de vestuario, entre otros. Normalmente, estos casos son analizados en el contexto de persecución por motivos religiosos u opinión política imputada.

1.2.- Crímenes relacionados con la dote

La dote es el conjunto de bienes y derechos aportados por la mujer al matrimonio, que tiene como finalidad atender al levantamiento de las cargas comunes y que le deberá ser devuelto una vez disuelto aquel¹. En algunos países, por ejemplo en la India, las mujeres llegan a ser víctimas de muerte cuando el esposo o su familia consideran que la dote es inadecuada.

1.3.- Mutilación genital femenina

La mutilación genital femenina o ablación comprende una serie de prácticas consistentes en la extirpación total o parcial de los genitales externos de las niñas. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define ablación como la separación o extirpación de cualquier parte del cuerpo. Por otra parte, es conocida, de forma inapropiada, como circuncisión femenina. El fin de esta práctica es la representación material del cierre del cuerpo de la mujer, reservado para la entrada del futuro marido, y la asociación de sexualidad y dolor. Entre una de sus consecuencias se encuentran el padecimiento de problemas de salud irreversibles².

La ablación se viene practicando bajo cuatro formas que consiste en una extirpación de mayor o menor medida del aparato genital femenino que conduce a grandes efectos dependiendo del grado de la mutilación padecida (Casad, 2002):

a) Circuncisión o escisión del clítoris: Conduce la realización de un pequeño desgarro, sin anestesia, en la parte superior del clítoris sin llegar a efectuar la extirpación, hasta que salgan unas gotas de sangre.

b) Clitoridectomía: Consiste en la extirpación total del clítoris.

c) Infibulación: Conduce la amputación total del clítoris y de los labios mayores y menores, seguida por el cierre vaginal por medio de sutura; solo se deja una pequeña abertura para la emisión de orina y descarga menstrual.

¹ www.rae.es

² Vid. SAN de 21 de junio de 2006.

Los motivos por los que se practica la ablación son múltiples, los más destacables son los siguientes:

- a) Sexuales: A fin de controlar o mitigar la sexualidad femenina.
- b) Sociológicos: Se practica, por ejemplo, como rito de iniciación de las niñas a la edad adulta o en aras de la integración social y el mantenimiento de la cohesión social.
- c) Higiene y estéticos: Existe la creencia que los genitales femeninos son sucios y antiestéticos.
- d) Salud: Aumenta la fertilidad y hace el parto más seguro.
- e) Religiosos: Debido a la creencia errónea que la ablación genital femenina es un precepto religioso. La ablación se practica principalmente a niñas y adolescentes entre 4 y 14 años. No obstante, en algunos países se realiza a niñas menores de un año, como, por ejemplo, en Eritrea y Malí, y de la cual en la práctica afecta, respectivamente, a un 44 y un 29 % de estas niñas.

1.4.- Crímenes de honor

Existen mujeres que mueren asesinadas por la deshonra de haber sido violadas. Son situaciones muy difíciles de erradicar porque están ligadas a cuestiones culturales y creencias religiosas. Generalmente se dan en países de religión islámica y se producen por la trasgresión de normas o patrones sociales. En ciertas sociedades las mujeres encarnan el honor familiar, y en caso de no cumplir con ciertas normas pueden ser víctimas de crímenes de honor. Por ejemplo, serían las relaciones sexuales extramaritales, aun cuando se trate de una violación.

1.5.- Matrimonios forzosos

Se trata de mujeres y niñas que son obligadas a contraer matrimonio en contra de su voluntad. En la mayoría de los casos se convierten en esclavas de sus esposos. Uno de los principales motivos es la negociación que llegan los padres para conseguir uniones matrimoniales para fines propios (económicos) o para el beneficio de su hija para que viva en mejores condiciones o mejor estatus (sociales)³. La subyugación de la mujer al hombre ocurre en ámbitos culturales, sociales, económicos y políticos. La mujer que se opone a esta sumisión se convierte en víctima potencial o real de malos tratos físicos o psicológicos y de violencia (incluyendo la sexual), que incluso pueden tener como resultado la muerte.

Otro tipo de unión forzosa es el matrimonio precoz, que se materializa cuando uno de los contrayentes es un menor de edad. Este tipo de unión tiene por objeto garantizar la virginidad de la mujer, y librar a su familia de la carga de alimentar a un miembro más, así como garantizar un largo ciclo de fecundidad para engendrar varios hijos varones.

1.6.- Violación

La Real Academia Española define el término violar como el acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento⁴. Dicho en otros términos, la violación es cualquier acto, intento o amenaza de naturaleza sexual que haya resultado o pueda resultar en un daño físico, psicológico o emocional. Varios instrumentos jurídicos, tanto

³ Vid. SAN de 3 de julio de 2006. SSTS de 28 de febrero, 23 de junio y 15 de septiembre de 2006 y 15 de febrero de 2007.

⁴ www.rae.es

nacionales como internacionales, señalan que la violación es una forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante. Normalmente, las víctimas son mujeres y niñas, pero también pueden serlo hombres y niños.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵, define violación en el Capítulo I «De las agresiones sexuales», del Título VIII «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en el artículo 179, como la agresión sexual que consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o a través de la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías señaladas.

1.7.- Obligación de realizar abortos selectivos en función del sexo, infanticidio y la falta de atención sanitaria

La implementación de la planificación familiar mediante prácticas como el aborto o la esterilización forzosa, constituye una violación de los derechos humanos y una forma de persecución, aunque sea realizada en el contexto de una ley aparentemente legítima. El embarazo forzado se entiende como aquél en que se obliga a una mujer a dar a luz para conseguir de esta manera modificar la composición étnica de una población o de cometer otras graves vulneraciones de los derechos humanos. El infanticidio es la muerte dada violentamente a un niño de corta edad⁶.

1.8.- Víctimas de explotación sexual y laboral

La trata de seres humanos con fines de explotación es una forma reciente de esclavitud y una de las formas más crueles de violencia de género. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) las formas modernas de trabajo forzoso guardan relación con la globalización y las tendencias migratorias reciente, que afecta a unas 2.500.000 personas cada año, especialmente a mujeres y niñas. Por otra parte, es un negocio transnacional que genera unos 7.000 millones de dólares anuales, situándose en el tercer lugar entre los negocios ilícitos más lucrativos, donde el primero es el tráfico de drogas y el segundo el de armas⁷.

España es un país de tránsito y destino del tráfico de personas con fines de explotación sexual. En su mayor parte proceden de Rumania, Rusia, Brasil, Colombia y Nigeria. Seguido de otros países de Latinoamérica, Este de Europa, Sierra Leona y China. Las mujeres víctimas tienen una edad comprendida entre 18 y 25 años, y son captadas en sus países de origen por redes criminales organizadas que utilizan diferentes formas de coacción con el propósito de someterlas a explotación sexual.

El concepto de trata aceptado internacionalmente se recoge en el Protocolo de Palermo, como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos»⁸.

⁵ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 y corrección de errores de 2 de marzo de 1996.

⁶ www.rae.es

⁷ Alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Informe del Director-General, 2005.

⁸ Naciones Unidas, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, art.

Para entender correctamente este tipo de persecución por género es preciso aclarar la diferencia entre trata y tráfico de personas. La Naciones Unidas define el tráfico ilegal de inmigrantes como el procedimiento para obtener, de manera directa o indirectamente, un beneficio pecuniario de la entrada ilegal de una persona en un país del que no es nacional ni reside permanentemente. El elemento diferenciador es que en el primero la persona pierde la libertad de decidir sobre ella misma, es sometida a explotación y sus derechos humanos son violados. Por ejemplo, no tiene libertad de movimiento, le retienen los documentos, es sujeto a palizas, violaciones y malos tratos, entre otros. En el caso del tráfico de personas se produce únicamente el transporte ilegal, y normalmente no existe una vulneración de sus derechos humanos por parte de los traficantes. En muchos supuestos se producen simultáneamente el tráfico y la trata de personas y, en otros, se da el caso que lo que en un principio era tráfico de personas deviene en trata.

El Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobado por el Consejo de Ministros, diferencia aquellos términos a través de tres elementos:

a) Consentimiento: A pesar que el tráfico ilegal de emigrantes se desarrolla en circunstancias peligrosas o degradantes, implica su consentimiento para ponerse en manos de la red de traficantes. Mientras que la trata no es consentida, o de haber existido inicialmente ésta se produce mediante engaño, abuso o coacción.

b) Explotación: El tráfico ilegal concluye con la llegada de los traficados a su destino. La trata involucra una posterior explotación de la víctima con el propósito de conseguir beneficios económicos.

c) Transnacionalidad: El tráfico ilegal de personas es siempre transnacional. La trata se puede producir entre diferentes zonas de un mismo país.

1.9.- Violencia de género

La violencia forma una expresión de dominación, intimidación y un atentado contra la libertad y dignidad de las personas basadas en un ejercicio no legítimo de poder (Barragán, 2006). La violencia de género es un tipo de conducta que muestra un conjunto de características diferenciadas que la hacen incomparable al resto de las agresiones, que se activa por causas no justificadas, y que tiene por objetivo dejar de manifiesto quién tiene la autoridad en la relación (Lorente, 2003). Por tanto, la violencia de género supone sacar la discriminación del principio de igualdad formal, para colocarlo en interrelación con el modelo interpretativo del patriarcado, en el que la violencia contra las mujeres es la expresión más indudable de unas relaciones de poder que dificultan el disfrute y el ejercicio de los derechos en igualdad (OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, 2007).

II. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA ACCEDER A LA CONDICIÓN DE REFUGIADO POR MOTIVOS DE GÉNERO

Conforme las 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 del ACNUR– para que una víctima pueda obtener la condición de persona refugiada debe interpretarse la definición de éste término con una sensibilidad a la dimensión de género. Por tanto, los términos cuya interpretación deben ser sensibles y concurrentes al género son los siguientes:

3.1 Nueva York, 15 de noviembre de 2000, ratificado por España el 1 de marzo de 2002. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, entrada en vigor de forma general y para España el 25 de diciembre de 2003.

2.1.- Temor fundado de persecución

De conformidad con la Convención de Ginebra la solicitante de asilo debe tener el temor fundado de ser perseguida en el país del que huye. Por ello, las circunstancias particulares de cada mujer determinarán cuándo se puede inferir de un temor fundado de persecución. Aunque las mujeres y los hombres pueden padecer el mismo tipo de daños, igualmente cabe la posibilidad que sufran formas de persecución específicas de su sexo. Como bien lo ha reconocido el Derecho Internacional al señalar que la violencia de género, así como la violencia de la dote, la mutilación genital femenina y la trata de personas constituyen actos que producen un profundo sufrimiento, así como un daño mental y físico, los cuales han sido empleados como mecanismos de persecución⁹.

La doctrina ha hecho referencia que el elemento fundamental de este requisito dimana en la distinción entre un factor subjetivo y otro objetivo. Dicho en otros términos, la definición de refugiado tiene dos elementos que imposibilitan la interpretación del temor fundado de persecución. Por tanto, debe existir un elemento objetivo que demuestre que el temor es fundado de tal manera que, por una parte, el elemento subjetivo estime los factores como la personalidad y credibilidad de la solicitante; por otra, queda a discreción de los Estados la exigencia de elementos objetivos que constituyan indicios para verificar la apreciación subjetiva (Kahale, 2006)¹⁰. En este sentido, la noción de temor resulta indudablemente subjetiva; por lo que una persona puede sufrir temor a ser perseguida en unas concretas circunstancias, mientras que otra, ante los mismos sucesos, puede carecer de este temor.

El Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR hace referencia a un análisis tanto de las reacciones psicológicas del individuo como de la verosimilitud de las declaraciones hechas. Por ello el elemento subjetivo «temor» está complementado con el término «fundados», ello conduce que en la determinación de la condición de refugiado no solo juega un estado de ánimo exclusivamente, sino que necesita que dicho temor esté fundado en una situación objetiva. Y de la cual las autoridades del Estado de acogida valorarán la situación del país de origen de la solicitante de asilo. Asimismo, señala que el temor debe ser considerado como fundado, si la demandante puede demostrar que «la vida se ha convertido en intolerable para él en su país de origen por las razones indicadas en la definición, o que lo sería, por las mismas razones, si regresara a él».

En este sentido, por lo que respecta al ámbito español, es preciso señalar que el temor a ser perseguido es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta para la concesión de asilo. Por ello el elemento subjetivo no es lo realmente suficiente, dado que éste temor debe ir acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor, ya que alegar un temor sin ninguna justificación, en base al producto de la imaginación o del conocimiento defectuoso de la realidad, no justificaría la concesión de asilo¹¹. Dicho en otros términos, para

⁹ 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 del ACNUR.

¹⁰ Para la concesión de asilo resulta suficiente la aportación de indicios de la persecución, siendo exigible la prueba plena de los hechos relatados. SSTS, de 29 de marzo de 2005, 26 de mayo de 2005 y 16 de marzo de 2007. En este mismo sentido, «no es exigible para la concesión de asilo o de la condición de refugiado la acreditación mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios». SSTS de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003.

¹¹ SAN de 23 de mayo de 2000.

que los hechos relatados por la solicitante tengan carácter de persecución protegible deben revestir una significativa entidad o trascendencia¹².

Bajo este contexto, con arreglo a las Directrices sobre protección internacional de 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 del ACNUR, los posibles supuestos claros de temor fundado de persecución por motivos de género que, como consecuencia, se obtendría la condición de persona refugiada son los siguientes:

a) «Juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma»: Resulta ser fundamento suficiente para determinar las solicitudes por motivos de género el hecho de juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma. Supuesto que acontece por ciertas leyes que acogen prácticas tradicionales o culturales que se acogen a los patrones internacionales de Derechos Humanos, por ello la solicitante debe señalar que tiene fundados temores de ser perseguida a consecuencia de aquélla norma. Excepción que no se aplicaría cuando fuera una ley persecutoria vigente que no se haya empleado en la práctica.

b) «Una práctica persecutoria»: El hecho que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias, como la mutilación genital, no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiado de una persona. La publicación de una ley en la que un Estado prohíba una práctica persecutoria no significa que no la siga ejerciendo; es decir, que continúe tolerando o condonando esta práctica, o, en el caso opuesto, no pueda aplacar de manera eficaz dichos comportamientos. Por ello se entiende a estos efectos una persecución.

c) «Pena o sanción»: Pueden ocurrir supuestos en que la pena o la sanción impuesta por el incumplimiento de una normativa sea excesivamente genérica y conlleve una dimensión de género, y, por ende, sea constitutiva de persecución. Asimismo, en el caso que se tratare de una ley de aplicación general, y de la cual la pena o el trato excediera de los objetivos de aquella; o cuando la imposición de una pena severa hacia las mujeres, al violar una ley, transgredan las costumbres o valores sociales.

d) «Discriminación equivalente a persecución»: La mera discriminación en sí misma no supone persecución. Un patrón de discriminación o de trato menos favorable podría considerarse como persecución y requerir, por ende, la protección internacional. Asimismo, entraría el supuesto en que las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter rigurosamente lesivo para la solicitante, como en el supuesto que se limitara el derecho a ganarse la vida, practicar su religión o tener acceso a los servicios educativos.

Por otra parte, entraría el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando no cumple con la obligación de ofrecer protección a las personas amenazadas por ciertos daños o perjuicios. Es decir, cuando aquél no reconoce ciertos derechos o no concede la protección contra abusos graves, y no brinda la protección requerida, en la que podrían consumarse daños graves con impunidad. Asimismo, acogería los supuestos de casos individuales de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual. Sin embargo, no puede identificarse como una persecución cuando en una sociedad relativamente intolerante y tradicional los homosexuales sufren un cierto rechazo¹³.

La jurisprudencia señala que no es preciso que el Estado sea el que persiga a la solicitante, ya que es suficiente con el solo hecho que no la proteja de las persecuciones de otros grupos.

¹² SSTS de 25 de noviembre de 2005 y 10 de febrero de 2006.

¹³ SAN de 23 de mayo de 2007.

Supuesto que comprende, entre otros, aquellos en las que aquel tolera la persecución; sin embargo, es incapaz de contraatacar y ofrecer la protección adecuada, razonándose que la Convención no nace para castigar a los Estados, sino para proteger a los individuos¹⁴.

e) «Persecución motivada por la orientación sexual»: La sexualidad o las prácticas sexuales de una solicitante y la discriminación pueden ser relevantes en la solicitud de asilo cuando ha sido víctima de acciones persecutorias por estas razones. Las solicitudes más frecuentes agrupan a los colectivos homosexuales, transexuales y travestidos, a los que se someten a hostilidad pública excesiva, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente¹⁵. En ciertos Estados la homosexualidad es ilegal, por lo que las conductas persecutorias encuadrarían a persecución. Así como en los supuestos en el que la mujer se niega a usar el velo.

En muchos países de Asia y África (Arabia Saudí, Pakistán, Irán, Mauritania, Sudán, Somalia y Yemen) la homosexualidad es castigada con cadena perpetua o incluso hasta la muerte. En otros de religión musulmana se castiga con pena de cárcel u otros castigos corporales (latigazos). En África por ejemplo las mujeres son violadas para curarlas, en Latinoamérica se producen asesinatos de transexuales de manera impune por parte de escuadrones de la muerte o por la propia policía. Asimismo, existe una opinión generalizada que la homosexualidad es una enfermedad y merece todo el desprecio y reproche, ya que va en contra de los principios de la religión católica (ALDARTE, 2009).

f) «La trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzosa como una forma de persecución»: La captación a través de la fuerza o el engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual constituye una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llegar incluso hasta la muerte. Por consiguiente, es considerada como una tortura y un trato cruel inhumano o degradante.

Asimismo, protege las restricciones a la libertad de circulación de una mujer, a consecuencia del secuestro, encarcelamiento o confiscación de la documentación identificativa. Paralelamente, cuando las mujeres y los menores víctimas de la trata de personas puedan sufrir graves repercusiones después de la huida, o, en caso contrario, una vez retornados, existan represalias por parte de las redes de traficantes, y, por ende, la probabilidad de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia, o discriminación severa.

g) «Agentes de persecución»: Los agentes de persecución pueden ser estatales y no estatales. En este último pueden incluirse a los miembros de la familia, cuando el Estado no pueda proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves¹⁶. Generalmente los actos de persecución son perpetrados por las autoridades de un Estado¹⁷. No obstante, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensas perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o se niegan a brindar una protección eficaz. La Convención de Ginebra no exige que la persecución temida proceda de un Estado, sino que el interesado pueda acogerse a la protección de su país¹⁸.

¹⁴ SAN de 20 de abril de 2001.

¹⁵ Vid. SSTS de 21 de abril y 29 de septiembre de 2006, y 25 de julio de 2007.

¹⁶ Art. 6 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

¹⁷ SSTS de 20 de abril, 5 y 20 de mayo y 28 de septiembre de 2001.

¹⁸ Vid. STS de 21 de septiembre de 2004.

2.2.- Nexo causal

El temor fundado de persecución debe estar incurso en uno o más de los motivos señalados en la Convención de 1951. Dicho en otros términos, para obtener el estatuto de refugiado debe demostrarse que la persona solicitante teme ser perseguida «por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas». En este sentido, el motivo deberá ser un factor de importante relevancia; sin embargo, no es necesario que se muestre como la única causa dominante.

A la hora de establecer el nexo causal pueden surgir serios inconvenientes en el supuesto de las solicitudes por motivos de género. En la medida que no resulta fácil determinar que el temor fundado de persecución se produce por causa de uno de los motivos de la Convención. Por ello la atribución o imputación de un motivo a una solicitante, por parte de un agente estatal o no estatal de persecución, es razón suficiente para establecer este nexo causal requerido.

No obstante, la doctrina (Goñi, 2007) y la jurisprudencia¹⁹ son del criterio que se deben diferenciar varios supuestos:

a) La existencia de un riesgo grave que la víctima sea perseguida por un agente no estatal, como podría ser el cónyuge, compañero de trabajo u otro miembro de la familia, por motivos conexos de la Convención, debería considerarse que existe el nexo causal. Por ello es irrelevante que la ausencia de protección por parte del Estado guarde relación o no con aquélla.

b) La existencia de un riesgo grave que la víctima sea perseguida por un agente no estatal, que no esté relacionado con uno de los motivos de la Convención, pero la renuncia o incapacidad del Estado de dar protección deviene por un motivo de la Convención, en este supuesto, el nexo causal también se considerará establecido.

c) Las persecuciones protegibles sí pueden serlo cuando sea realizada por grupos o agentes estatales, siempre que las autoridades permanecen impotentes o pasivas ante la persecución.

2.3.- Motivos de la Convención de Ginebra

Para constatar si una solicitante ha cumplido con los criterios de la definición de refugiado es esencial asegurarse que cada uno de los motivos contemplados en la Convención de Ginebra se interpreten desde una perspectiva sensible al género. En muchas ocasiones, conforme el ACNUR, las solicitantes podrían ser perseguidas debido a que se les ha atribuido o imputado alguno de los motivos de la Convención, y de la cual muchas culturas, opiniones políticas de las mujeres, raza, nacionalidad, religión o pertenencia a determinado grupo social, como ejemplos, se presuponen afines a las de sus familiares, colegas o miembros de su comunidad.

Asimismo, es importante resaltar que en las solicitudes por motivos de género, la persecución temida podría deberse a uno o más de los motivos de la Convención. Como es el supuesto de una solicitud de asilo basada en la transgresión de normas sociales o religiosas, que podría ser analizada en términos de religión²⁰, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. Por consiguiente, no se requiere que la solicitante identifique con precisión la razón por la cual tiene un temor fundado de persecución.

¹⁹ SSTS de 12 de enero, 10 de febrero, 21 de abril y 17 de septiembre de 2006.

²⁰ SSTS de 19 de mayo, 15 de septiembre, 25 de octubre, 30 de noviembre de 2006, 25 y 31 de enero de 2007, y 7 de febrero de 2008. SSAN de 29 de marzo de 2006, y 4 y 9 de agosto de 2008.

De los motivos señalados en aquel instrumento internacional –raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión pública– el que más interesa al objeto de este estudio es la pertenencia a un grupo social. En este sentido, el ACNUR establece que frecuentemente las solicitudes por género han sido analizadas en el marco de este motivo, por tanto, es de suma importancia su comprensión. El problema central radica en la inexistencia de una causa específica de persecución por razón de sexo, ya que el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra no la prevé. Por consecuencia, debe ligarse a alguna de las categorías recogidas en dicho instrumento como es, en este caso, el grupo social.

La doctrina ha manifestado que el grupo social completa el carácter personal de persecución, ya que es una categoría residual que puede aplicarse a los motivos de persecución que no pueden ser catalogadas por el resto de causas. Dicho en otras palabras, es la única vía existente para las solicitantes que no encajan literalmente en ninguno de los supuestos señalados en el artículo 1.A de la Convención (Santolaya, 2001).

Un grupo social es «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»²¹. Bajo esta definición el término sexo puede ser subsumido, y de la cual la mujer constituye un subgrupo social definido por características innatas e inmutables, en el que recibe un trato diferenciado al de los hombres en algunos países²². Por otra parte, ante la sociedad puede identificarse como grupo en la que es sometida a diferentes tratos y normas en algunos países²³. Paralelamente, se acogen en este motivo a los homosexuales, transexuales y travestidos²⁴.

Los casos que se han presentado, en la práctica, en varias jurisdicciones han reconocido a la mujer como un determinado grupo social. Por ello no debe entenderse que toda mujer en la sociedad se califique para la condición de persona refugiada. Sin embargo, una solicitante tiene que demostrar un temor fundado de persecución basado en su calidad de miembro de un determinado grupo social, no estar dentro de una de las causales de exclusión, y responder a otras exigencias importantes.

El tamaño del grupo no es un criterio importante en la determinación de la existencia de un grupo social. En algunas ocasiones el tamaño ha sido utilizado para denegar la categoría de grupo social a las mujeres. Este argumento no tiene base fáctica, ya que ninguno de los otros motivos de la Convención se encuentran sujetos a consideraciones de tamaño. Asimismo, no sería necesario que el grupo estuviera especialmente unido o que sus miembros pertenezcan de manera voluntaria, o que cada miembro del grupo esté en riesgo de persecución. Por ello, generalmente se encuentra aceptado que debería existir la posibilidad de identificar al grupo, independientemente de la persecución. Sin embargo, la discriminación o la persecución podrían ser un factor relevante a la hora de determinar la visibilidad del grupo en un contexto particular.

Finalmente, el artículo 7.1 e) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria²⁵, define grupo social determinado a través de cuatro supuestos:

²¹ Directrices sobre la protección internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 del ACNUR.

²² Conclusión núm. 39 del Comité Ejecutivo, *Las mujeres refugiadas y la protección internacional*, 1985.

²³ *Vid.* STS de 26 de julio de 2006.

²⁴ SAN de 24 de septiembre de 1996.

²⁵ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

a) Cuando las personas integrantes del grupo compartan una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien compartan una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella.

b) Que posea una identidad diferenciada en el país que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente perseguidor.

c) En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye al grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual y/o edad.

d) Se incluye a las personas que huyen de sus países de origen, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y/o edad.

Como puede observarse la legislación española engloba los motivos de género como un grupo social determinado. En este sentido, la Ley de Asilo avanza a grandes pasos en comparación a la Convención de Ginebra, al establecer en el Título I «De la protección internacional» los requisitos que deben cumplirse para dar lugar a la concesión de asilo, en el que se especifican todos los elementos que integran la definición de refugiado, incluyendo las referentes a la dimensión de género.

III. EVOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE ASILO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1.- Vía administrativa

La primera concesión de asilo a una mujer víctima de violencia de género en España data del 31 de mayo de 2005. La solicitante era oriunda de un país del Golfo Pérsico que huía de los malos tratos de su marido y de su familia, en el que se le invocaron fundados temores de persecución por la pertenencia a un grupo social determinado. A la hora de conceder el asilo el Ministerio del Interior tuvo en consideración, además de los malos tratos recibidos y la falta de protección del país de origen, que en aquel país se reconocen los matrimonios forzados y se discriminan a las mujeres casadas.

Esta resolución administrativa ha sido la primera que ha superado los obstáculos para poder conceder este derecho, que a muchas mujeres en las mismas circunstancias se les ha hecho cuesta arriba. Ello representa, por tanto, el primer paso al reconocimiento de la violencia de género en esta materia, y abre el camino para que las víctimas puedan acogerse a él después de una larga andadura.

3.2.- Vía jurisprudencial

El primer reconocimiento de la existencia de persecución por razón de sexo a nivel jurisprudencial nace el 12 de noviembre de 1999. La Audiencia Nacional obliga a la Administración a otorgar un permiso de residencia por razones humanitarias (ahora conocido como autorización de residencia, según la normativa en extranjería) a una mujer que a «los quince años se fue a vivir con el padre de su hijo, el 13 de julio llegó a casa borracho, la maltrató, la violó y la pegó cinco tiros, acusándola de estar con otro hombre. Estuvo ingresada un mes en un hospital, cuando salió fue a casa de su madre, pero su compañero se presentó y la seguía golpeándola, se fue a Bogotá a casa de una amiga, pero la encontró y la obligó a seguir viviendo

con él, en caso contrario mataría a su madre (...) el padre de su hijo trabaja con la mafia de Medellín, nunca lo denunció por miedo a lo que podría hacer con ella y con su madre»²⁶.

Posteriormente, la Audiencia Nacional el 13 de enero de 2009 dicta la primera sentencia en la que sí reconoce el derecho de asilo por motivos de violencia de género. El supuesto de hecho nace por una mujer oriunda de Argelia, que conjuntamente con sus hijos menores recibían malos tratos, tanto físicos como psíquicos²⁷, y de la cual la realidad de la violencia y su prolongación en el tiempo se fundan en el temor y en el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante señalado en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el artículo 3 de la Declaración sobre eliminación de violencia sobre la mujer (Kahale, 2009).

Por consiguiente, en palabras de la Audiencia Nacional, la vuelta al entorno social y familiar que propició dicha situación constituye un claro indicio que la integridad física y moral pueda ser en el futuro nuevamente afectadas a través de actuaciones graves que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país, que no dispensaron la oportuna protección a la solicitante y su familia que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el artículo 15 de la Constitución Española (CE)²⁸.

La Audiencia Nacional, en definitiva, concluye que la solicitante ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social; por tanto, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por el ACNUR. Por último, la Sala recuerda el contenido de la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁹, que añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado³⁰, de la cual será de aplicación ésta normativa a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.

CONCLUSIONES

El problema que se plantea con el binomio asilo y género radica, principalmente por el hecho que en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no recoge esta causal explícitamente; es decir, no acoge como causa de asilo el motivo de género. Ello puede dar lugar a que se produzcan diferentes interpretaciones entre los países, y consideren que si no está escrito no es obligatorio; por lo que al apoyar esta premisa se estaría discriminando a la mujer por el simple hecho de serlo. Por ello se afirma que la Convención fue redactada en un momento en el que no existía sensibilidad en materia de discriminación a las mujeres, y, por ende, no se hace referencia expresa en ella (Kahale, 2010).

Dicho en otros términos, los presupuestos sobre los cuales el derecho de asilo se ha construido se han visto alterados, debidos, en gran medida, a la irrupción de las demandas de asilo por parte de las mujeres que huyen de sus países por enfrentarse a una persecución por motivos de género. En este sentido, el ACNUR juega un papel importante por defender la interpretación

²⁶ Otros reconocimientos en estas mismas circunstancias aparecen, sucesivamente, en la sentencia de 8 de febrero y 11 de octubre de 2005 de la Audiencia Nacional.

²⁷ SAN de 13 de enero de 2009.

²⁸ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

³⁰ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

adecuada de refugiado para que abarque, a su vez, las solicitudes por motivos de género. Por ello no es necesario agregar un motivo más a la definición contenida en el instrumento internacional³¹.

Antes de la publicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no existía una base suficiente para la concesión de asilo, en vista que la persecución que recibía la mujer por violencia de género no era desarrollada por una autoridad pública, y; asimismo, no se identificaban las agresiones como un grupo social en los términos dispuestos en la Convención de Ginebra. Puesto que las conductas recibidas constituían actos aislados desarrollados en el seno de la familia, por ello la Administración negaba la condición recogida en el instrumento internacional otorgando solamente la permanencia en España por motivos humanitarios (Santoloya, 2001).

En este mismo sentido, no se concedía el estatuto de asilado por mutilación genital, ya que la práctica de esta medida no reflejaba una específica intención de perseguir a las mujeres, sino que era el resultado de creencias religiosas o culturales ampliamente aceptadas en el contexto que se practicaran (Santoloya, 2000). Y de la cual la Administración tenía que conceder la autorización de residencia por motivos humanitarios para aquellas mujeres sobre las que existiera un temor fundado que serían sometidas si retornaran a su país (Kahale, 2009).

Por consecuencia, resulta plausible la actuación del legislador español al acoger a las mujeres extranjeras a la hora de otorgarles el derecho de asilo cuando estas huyen de sus países de origen a consecuencia de un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género, gracias, en primer lugar, a la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha sido la norma pionera. En segundo lugar, a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que señala, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.4 de la CE, que esta normativa tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en territorio español de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional. Con ello, el legislador español añade expresamente otro motivo de persecución a los ya previstos por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En la práctica se evidencia que las mujeres extranjeras tienen cierta dependencia hacia a sus agresores, debido a la falta de redes de apoyo, tanto sociales como familiares, lo que origina una mayor inseguridad a la hora de romper con la violencia. Por otra parte, existe el recelo del colectivo procedente de ciertas culturas a ser examinados por facultativos varones en centros sanitarios, al ser atendidas por lesiones físicas o psíquicas, circunstancia que también ocurre ante los reconocimientos médicos forenses, así como la desconfianza ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³². De igual manera, cuando solicitan asilo y son atendidas por un hombre.

El proceso administrativo del expediente de asilo comienza con la realización de la solicitud, es un momento crucial en el que se escribe la historia de vida que es el referente que se va a utilizar de cara a la admisión a trámite y posterior resolución del caso. Es necesario tener en cuenta el estado emocional que traen estas personas y sus circunstancias como, por ejemplo, la falta de dominio del idioma. Por tanto, es recomendable que sean informadas de su derecho a elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo, o en el mejor de los casos que sean designadas de oficio. Las propuestas que se presentan en torno a este eje, tras analizar el

³¹ 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 del ACNUR.

³² Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en Población Extranjera Inmigrante 2009-2012.

binomio asilo y género y las recomendaciones que las instituciones han aportado al respecto, son las siguientes (COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, 2003):

- a) Formar el personal que se ocupa de estos cometidos.
- b) Aumentar el número de funcionarios que se encargan de estudiar los expedientes, y mejorar sus condiciones de trabajo.
- c) Elaborar estudios más pormenorizados y profundos de los expedientes de solicitud de asilo.
- d) Agilizar los trámites para que el tiempo de incertidumbre de la solicitante sea el menor posible.
- e) Informar a las solicitantes de su derecho a elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo, el cual deberían ser asignados automáticamente y convendrían que fueran personas cualificadas y con conocimientos o experiencia en materia de asilo. En el supuesto en que el intérprete que dispone la Administración no permite cumplimentar adecuadamente la solicitud, debe interrumpirse la formalización y posponerla hasta que pueda contarse con un intérprete cualificado.
- f) La Administración Pública debería recopilar información sobre los países de origen de las demandantes que más solicitan asilo en relación a la situación que ellas viven, en todos los ámbitos, a través de un documento con el fin de acelerar la tramitación y conocer mejor las circunstancias.
- g) Las resoluciones administrativas deberían redactarse de manera que tengan en cuenta las consecuencias perjudiciales que las actuaciones hayan podido ocasionarles a la solicitante, y en su idioma si es posible.
- h) Una mayor transparencia de los criterios de resolución.

BIBLIOGRAFÍA

ALDARTE (2009): *Gays, lesbianas y transexuales inmigrantes: reflexiones para una buena acogida*, ALDARTE, Bilbao.

Barragán Medero, Fernando (2006): "Problemas comunes, estrategias diferentes en la Europa de la diversidad", *Cuadernos de Pedagogía*, Nº 358, (51-53).

Carranza Simón, Amparo (2008): "El derecho de asilo en España", en AA.VV. (Dir. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, (676).

Casado, Vanesa (2002): "La mutilación genital femenina como forma de violación de los derechos humanos", en AA.VV. (Coords. GARCÍA INDA, A. Y LOMBARDO, E.): *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, (420).

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2003): *Asilo y refugio en la Comunidad de Madrid*, CEAR, Madrid, (105).

Goñi Urriza, Natividad (2007): "Cuestiones internacionales: la concesión de asilo por violencia de género", en AA.VV. (Dir. RIVAS VALLEJO, M. y BARRIOS BAUDOR, G.): *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson, Navarra, (235).

Kahale Carrillo, Djamil (2006): "El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, N° 285, 95-102.

Kahale Carrillo, Djamil (2009): "Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género", *Temas Laborales*, N° 182, 2009 (239-250).

Kahale Carrillo, Djamil (2009): "Autorización de residencia por circunstancias excepcionales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, N° 314, 195-202.

Kahale Carrillo, Djamil (2010): *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Lorente Acosta, Miguel (2003): "Lo normal de lo anormal: raíces y frutos de la violencia contra las mujeres", en AA.VV.: *Pacificar violencias cotidianas*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, (169-192).

Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (2007): *Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, (29).

Santolaya Machetti, Pablo (2001): *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Santolaya Machetti, Pablo (2000): "Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo", en AA.VV.: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, (590).