

LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO ACTO PERSECUTORIO EN EL DERECHO DE ASILO TRAS LA REFORMA DE LA LEY 12/2009. UNA REFORMA INCONCLUSA¹

Victor Merino Sancho
Universitat Rovira i Virgili

Este trabajo trata de aportar una revisión del tratamiento jurídico del acto persecutorio, entendido como elemento fundamental del derecho de asilo, especialmente cuando reviste la forma de violencia contra las mujeres basada en el género. La evolución de los ordenamientos, en el ámbito del derecho de asilo y en la lucha contra esta violencia, ha sido desigual y, en la mayoría de ocasiones, divergente. Con objeto de asumir una posición crítica desde la que aportar respuestas jurídicas acordes al paradigma de los derechos, entendemos posible redefinir el marco conceptual. A continuación, y solo si lo anterior es posible, debe traducirse en un marco jurídico más completo.

La propuesta teórica que se incluye en esta contribución parte de un análisis del marco conceptual de la violencia de género y su traslación al ámbito jurídico, a través del desarrollo normativo promovido por la aprobación de la *Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género* y la *Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo*. Esta evaluación se justifica en los soportes empíricos que presentan agencias internacionales y nacionales, así como algunos otros de autores y autoras que han analizado esta realidad en ordenamientos nacionales distintos, como el canadiense, estadounidense o el británico, que ofrecen interpretaciones relativas a todos los elementos del derecho de asilo y no de forma irregular y separada de cada uno de ellos.

Se propone la identificación de algunos indicadores que muestran la idoneidad de un concepto de violencia de género alejado de paradigmas esencialistas y victimizadores, basado en la noción de violencia como un *continuum*, y que garantice el acceso a los derechos que el estatuto de refugiada reconoce. Esta noción evita las percepciones sesgadas y exotizadas de la violencia y propone medidas de empoderamiento para las mujeres que se enfrentan a dicha violencia. En definitiva, y aquí radica su relevancia, trata de fortalecer el discurso de los derechos.

1. EL ACTO PERSECUTORIO. CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES

El asilo surge como un mecanismo de protección de los derechos, sin supeditar su titularidad al vínculo de ciudadanía. Dicho carácter "protector" se desprende de la verificación de la existencia de un temor fundado a sufrir persecución por unos motivos determinados y la desprotección del Estado del que se es nacional. Su marco jurídico se construye a partir de la *Convención de Ginebra* y el *Protocolo de Nueva York*, que han sido reinterpretados en escasas ocasiones a lo largo de un proceso impreciso e irregular. El carácter declarativo que confiere el reconocimiento del estatuto exige constatar la concurrencia de los elementos que conforman el concepto de refugiado. Esto es, que el temor fundado a la persecución o acto persecutorio se cause por alguno o algunos de los motivos reconocidos en el texto jurídico.

En este trabajo, se evalúa el concepto y los caracteres del acto persecutorio para analizar si la violencia de género satisface las condiciones que la *Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo* establece. Es conveniente desarrollar un marco conceptual de violencia de género y advertir del proceso interpretativo que se ha desarrollado en nuestro ordenamiento, y el argumentario procedente de otras sedes, a efectos de ofrecer una respuesta jurídica completa y acorde a los principios y mecanismos jurídicos articulados para combatirla. El ACNUR interpreta como persecución, a efectos de la Convención, las agresiones o amenazas contra la vida o la libertad, lo que hace intuir cuándo apreciarán el riesgo los operadores jurídicos y una cierta preeminencia de determinados bienes jurídicos frente a otros. Éste ha sido el principal motivo de la exclusión de los tipos de persecución en los que el género ha incidido en mayor medida. Y también donde se evidencia la evolución de un régimen del que se afirma, de forma reiterada, que se halla en estado de crisis.

El nexo causal exigido entre el acto y los motivos se ha construido -al menos desde la doctrina- sobre una consideración jerarquizada de los bienes a proteger y, por tanto, de los derechos. En este sentido, las violaciones de determinados derechos se consideran persecución y otras no (Hathaway, 1991). Así se garantiza un mayor grado de protección para determinados derechos (vida, integridad física, libertad) frente a otros, cuya prioridad se considera menor (derechos económicos, sociales o culturales), lo que exige para estos últi-

¹ Este artículo está realizado en el marco del Proyecto Consolider Imagenio CSD-2008-00007 *El Tiempo de los derechos*, financiado por el Ministerio de Educación.

mos constatar una agresión o riesgo más severo que para los primeros (Carlier, 1999). Esta distinción ha legitimado la exclusión de la protección de las experiencias generizadas, alegando el carácter privado de la violencia de género, principal obstáculo a su reconocimiento como una violación grave de los derechos humanos y su despolitización (Hejman, 2005; McKay, 2003).

La persecución se ha interpretado como la suma de otros dos elementos requeridos para el reconocimiento de la condición de refugiado; un daño grave y la ausencia de protección del Estado de origen (Crawley, 2001). Esta doble composición exige, a su vez, la definición de estos elementos; tarea que también corresponde a los legisladores y demás operadores jurídicos nacionales. En este contexto general debe inscribirse una primera evaluación de la violencia contra las mujeres basada en el género como acto persecutorio para traer dicho análisis a nuestro ordenamiento.

En el ámbito europeo, la definición cualificada de los actos persecutorios se contiene en el párrafo segundo del artículo noveno de la *Directiva 2004/83/CE por la que se establecen las normas mínimas relativas al reconocimiento del estatuto*, con la inclusión de algunos actos concretos, entre ellos, la violencia sexual o la discriminación. El legislador europeo establece una casuística más completa y una mayor concreción, en la que aparece una mención explícita a la violencia sexual (que se entiende un tipo específico de violencia física o psíquica) y, de forma separada, a los actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o niños. Con esta nómina de actos se dispone, por tanto, que estos y también la discriminación pueden alcanzar la entidad suficiente para calificarse como persecución.

La previsión de los actos de violencia física, psíquica, y la violencia sexual es un avance significativo. La persecución, entendida como amenaza a la vida o la libertad (en clara remisión al artículo 33 de la *Convención*, afirmada por el ACNUR), así como la explícita referencia a los derechos enunciados en el artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, evidencian que la violencia física es el paradigma de agresión y violación de los derechos humanos, y de la persecución. La inclusión de la violencia sexual implica el reconocimiento de las demandas de asilo basadas en este tipo de violencia como acto persecutorio y que por su naturaleza quedaban relegadas al ámbito de lo privado, al no reconocerse como violaciones de los derechos humanos (Bacon y Booth, 2000). No sólo es resultado de esta evolución la inclusión de los llamados actos de naturaleza sexual, sino también la expresa referencia a los daños causados por agentes de persecución no estatales, siempre que se demuestre la ausencia de protección, por ser más acorde a los caracteres de la violencia de género.

Uno de los argumentos más esgrimidos para revocar el carácter grave exigido fue la exclusión de actos como la violencia en la pareja. Esta violencia se definía como una "cuestión privada", o una conducta criminal en algunos casos, que no llegaba al umbral de gravedad desde el que reconocer el carácter persecutorio de un acto. Por ello si la previsión de la violencia no se acompaña de una definición clara de qué debe entenderse por violencia, persisten algunas carencias que ponen de manifiesto la necesidad de un marco de referencia claro que asegure la protección de los derechos.

La incorporación de esta cláusula en la Directiva permite afirmar que la violencia contra las mujeres basada en el género constituye, para el legislador europeo, un acto grave que puede alcanzar el carácter de persecución. No obstante, la Directiva es un texto jurídico programático, cuya transposición debe efectuarse por los estados nacionales. Dispone un contenido mínimo al que deben tender los ordenamientos nacionales pero ya asegura la toma en consideración de esta realidad.⁹

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. UNA MODIFICACIÓN EXTENSIVA DE LA PROTECCIÓN DE LA LEY

La primera modificación de la que ha sido objeto la normativa de asilo española, en relación con el derecho de asilo y la perspectiva de género -entendida ahora de forma muy general-, se produce en el año 2007, con la aprobación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (en adelante LOIEMH). La LOIEMH añade a la ley de asilo una disposición adicional tercera, en virtud de la cual, las demandas de asilo que se basan en un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género se comprenden contenidas en la definición de refugiada. Por lo tanto, la determinación del estatuto de refugiada se garantiza para estos supuestos.

Esta modificación es consecuencia de la proyección del principio de igualdad a las políticas públicas y el ordenamiento (Añón, 2009). Con el propósito de articular dicho principio en el régimen de asilo, el legislador optó

⁹ La literalidad de la Directiva se modifica según sea la versión inglesa o española. En la versión española, el párrafo f) expresamente se refiere a "actos de naturaleza sexual". Sin embargo, la versión inglesa, enuncia "gender-specific acts". Esta incongruencia, en mi opinión, sólo puede explicarse por las renuencias a utilizar el concepto género. No obstante, y dado que la referencia a los actos de violencia sexual se incluyen en los párrafos anteriores, creo conveniente (como trato de sostener a lo largo de este trabajo) referirme a actos generizados o basados en el género. Porque este término sí asume la carga política y social con las que se construye. Ambas versiones son neutras, pero considero que la española, entonces, es reiterativa del párrafo a), a diferencia de la inglesa.

por reconocer las experiencias de las mujeres basadas en el género como susceptibles de ser protegidas, superando el contenido de la *Convención*, y añadiendo un sexto motivo (Arenas, 2008; CEAR, 2008). A diferencia de las prácticas concretas de otros países (como el canadiense o el británico), nuestro ordenamiento no ha dispuesto directrices u otras guías interpretativas sobre este supuesto, y aquí radica la relevancia de esta previsión. Del mismo modo que puede afirmarse que no se trata ya de una interpretación susceptible de modificarse fácilmente o de depender de motivos extrajurídicos. Se contiene en una norma jurídica y, por tanto, vinculante en todas las esferas.

La introducción del género en la legislación española de asilo en 2007 converge con los objetivos de las directrices del ACNUR, y las canadienses, estadounidenses y británicas. Primordialmente, pretende equilibrar el género al resto de criterios o motivos relevantes para el reconocimiento del estatuto. La disposición añadida se refiere al artículo tercero apartado primero de la ley de asilo, relativo a las causas que justifican la solicitud y denegación de asilo. Siendo así, esta cláusula incorpora el género como un motivo único e independiente que justifica el reconocimiento del estatuto. Sin embargo, el legislador sigue sin pronunciarse expresamente sobre el acto persecutorio, aunque los tribunales han interpretado con anterioridad este concepto incluyendo determinados tipos de violencia de género. Vuelvo sobre ello más adelante.

Una de las insuficiencias de esta previsión es la indeterminación del sintagma "motivos de género". Se ha delimitado el sujeto que plantea estas demandas, al disponer que esta cláusula se aplique a las mujeres extranjeras. Por lo tanto, su aplicación se limita a las demandas planteadas por mujeres. Se mantiene el carácter general, en cuanto que no se define dicha expresión, a diferencia de las Directrices y demás documentos del ACNUR, y no podemos olvidar la norma jurídica en la que se establece esta disposición. Una norma que persigue la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Podemos entonces señalar que se trata de una respuesta jurídica que surge en el marco de la promoción de la igualdad entre mujeres y hombre en todos los ámbitos y que identifica género con sexo.

La inclusión del criterio es favorable a la determinación del estatuto de un modo acorde a las experiencias basadas en el género, pero es insuficiente por lo que respecta a otras cuestiones acerca de su incidencia. Me refiero a la observación de la gravedad de la persecución generizada, a los procedimientos de determinación de la responsabilidad estatal y del agente persecutorio no estatal. Estos aspectos son abordados en las distintas experiencias nacionales de adopción de guías interpretativas; a diferencia de nuestro ordenamiento. El género, en nuestro caso, se identifica con el sexo, y no permite una interpretación dinámica. De hecho, desde diversas instancias se ha recomendado entender aplicables en este motivo las demandas de asilo de homosexuales y transexuales (CEAR, 2008), a pesar de la literalidad de la norma. Los supuestos de persecución por orientación sexual sólo pueden plantearse por este motivo en aquellos casos en los que las mujeres se enfrenten a persecución por su género y por su orientación sexual. Este rígido esquema puede superarse si nos basamos en el sistema sexo/género como origen de las estructuras de género.

La adición del género como sexto motivo, del modo en el que procedió el legislador español, puede tener como consecuencia la concentración de todas las demandas de asilo planteadas por mujeres. Si esto es así, se corre el riesgo de mantener el carácter excepcional de las demandas basadas en el género, y la distinción entre "casos normales" y "casos de mujeres". La plausibilidad del reconocimiento expreso del género es la explícita incorporación de las experiencias de las mujeres, aunque no por ello no deban apreciarse el resto de motivos. En este sentido, cabe evitar los riesgos de excepcionalizar la protección, dado que la persecución puede producirse por la confluencia de distintas razones. Para ello, en los casos de violencia contra las mujeres, el género concurre como motivo pero deberá comprobarse si puede haber algún o algunos otros.

El supuesto que nos ocupa pone de manifiesto cómo la violencia contra las mujeres basada en el género exige una revisión crítica, desde la que se (re)consideren nuestros marcos de referencia conceptuales y jurídicos. Es importante buscar modelos explicativos para clarificar el significado de un fenómeno complejo en el que intervienen otras variables, es decir, otras estructuras sociales. Si esta violencia, además, debe ser tratada desde otro ordenamiento jurídico, como en el supuesto de las demandas de asilo de una mujer extranjera en España, los riesgos de victimización son elevados y en pos del paradigma de los derechos, deben ser evitados en la medida de lo posible. En esta sede, una de las herramientas más eficaces es el reconocimiento del género y de la posible especificidad de las experiencias generizadas para equiparar motivos y no experiencias. Con este propósito, cabe superarse las percepciones de las mujeres como "víctimas necesitadas de nuestra protección".

3. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA 1/2004

La aprobación de la *Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género* (en adelante LOMPIVG) significó la introducción en el ordenamiento jurídico del concepto de violencia de género. La violencia de género se define en su articulado. El Anteproyecto de esta Ley significó la superación de la confusión conceptual entre violencia doméstica y violencia de género, pero la sistematización necesaria para el

Derecho y la influencia de la cultura jurídica dominante restringieron el contenido del concepto finalmente adoptado (Asúa, 2004). En el texto final, existe una discordancia relevante entre la Exposición de Motivos y el artículo primero en el que se define qué se entiende por violencia de género a efectos de la aplicación de la ley. Ambos apartados la explicitan como consecuencia de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los géneros, aunque la primera se refiere a un concepto de género más amplio y que permite afirmar la inclusión de aquellos actos que se engloban bajo el mismo, frente a otro más restringido en la parte dispositiva que se limita a la violencia en la pareja.

Del análisis que nos ocupa se desprende la consideración de la violencia como una manifestación del imaginario social de una determinada sociedad, y como una expresión violenta de las relaciones de poder desiguales entre los géneros. Ello exige tomar como referencia un determinado contexto social. Esto no puede llevar a la esencialización de dicho contexto, ni a la comparación de las sociedades de origen con las de destino, porque con ello se corre el riesgo de caer en el etnocentrismo. Además, este discurso homogeniza las experiencias de las mujeres extranjeras, dado que si no se distingue el concreto origen nacional o cultural, se deposita la carga identitaria en las mujeres y en sus cuerpos. En los supuestos de violencia debe definirse quién manifiesta el esquema social que produce la violencia y hasta qué punto se traduce en los actos de violencia o en los de resistencia - el agresor, la víctima... Cuestión distinta es cómo la situación de extranjera o inmigrante repercute en la situación de vulnerabilidad y puede provocar una mayor exposición a la violencia. Con esta premisa debe evaluarse el concepto del marco jurídico actual.

A efectos de aplicación de la ley, la violencia de género, por tanto, es la violencia en la pareja, aunque no haya convivencia. El criterio definitorio es la relación de afectividad, presente o pasada, entre agresor y víctima, aunque no haya convivencia. Esta restricción tiene consecuencias importantes, dado que la identificación de la violencia se basa en dicha relación, lo que excluye otros tipos de violencia que comparten el marco explicativo más general (Añón y Mestre, 2005). Es decir, que son "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder", como se reconocía en el Anteproyecto. La confusión terminológica del legislador se supera en algunos apartados de la ley, en los que parece que se recupere el marco explicativo. Por ejemplo, el Título I sobre medidas de sensibilización, prevención y detección, incluye una de las medidas estratégicas para la eliminación de la violencia, la educación en igualdad (Calvo, 2006).

A pesar de la reducción conceptual que finalmente se adopta, en la Exposición de Motivos, se dispone que la violencia "constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación". Aquí reside el cambio en la orientación del legislador, porque parece que no es suficiente esta referencia en la Exposición de Motivos, y a continuación se reduce el concepto al de violencia en la pareja, insisto. Esto ha repercutido, especialmente, en el legislador penal, quien ha seguido el "criterio de homologación" de la violencia de género a la violencia en la pareja (Bodelón, 2008), lo que se ha identificado con una falta de voluntad o "interés" por el origen y las causas de este fenómeno (Laurenzo, 2005).

La LOMPVG ha superado la dinámica punitivista que el legislador venía utilizando a efectos de convertir aquello prohibido por el derecho penal, como lo "socialmente reprobable" (Bergalli y Bodelón, 1992). Esta utilización del derecho penal, que llevó a las primeras modificaciones, por la que se introdujeron en el Código Penal los delitos de malos tratos y la orden de protección, supuso una estrategia fallida en la lucha contra la violencia, y ha sido utilizada de nuevo a efectos de concentrar la discusión sobre la efectividad de la ley. El resto de medidas previstas, que determinan el carácter integral de la ley, ofrecen un modelo de reconocimiento de derechos, aunque se estipulan en relación con presupuestos problemáticos que reducen considerablemente la "gestión" del conflicto de las mujeres con su pareja. Ello tiene diversas implicaciones y se ha obviado para aquellos otros casos en los que sucede esta violencia, como es el caso de la violencia que constituye un acto persecutorio.

4. LA NOCIÓN DE LA VIOLENCIA COMO UN *CONTINUUM*

La multidimensionalidad de la violencia dificulta la articulación de un modelo explicativo simple³. Sus distintas manifestaciones deben relacionarse entre ellas para articular una categoría inclusiva. En mi opinión, para que así sea una herramienta esencial es su conceptualización como un *continuum* (Helly, 1988). Esta noción se basa y afirma su origen en el carácter estructural de la subordinación entre los géneros. La categoría "violencia contra las mujeres basada en el género" comprende unos actos que se dirigen contra las mujeres como resultado de unas relaciones y estructuras de género que colocan a las mujeres en situación de subordinación. Es decir, estas estructuras producen relaciones patriarcales en conjunción con otros sistemas sociales. Las posibilidades de cruce son numerosas, y entre ellas encontramos las prácticas culturales que en un determinado contexto pueden ocasionar este tipo de violencia, independientemente del lugar donde se cometa. Esta no-

³ Por modelo explicativo entendemos el marco de referencia de la violencia que permite su categorización, identificando su origen en las estructuras y relaciones de género. Se distingue de las tesis que buscan la causa de la violencia en los factores individuales de cada acto.

ción permite entender esta diversidad de actos sin negar los caracteres individuales de cada uno. El marco de análisis se concreta a través de prácticas en las que interactúan los distintos sistemas en los que cada persona desarrolla sus experiencias vitales. Se confirma la virtualidad de este marco conceptual que debe asumirse por el ordenamiento. Especialmente cuando es el ordenamiento de un tercer país el que "protege" frente a actos cometidos en otro territorio y en el que no existe protección estatal, como en los supuestos de solicitudes de asilo por esta violencia.

Las estructuras y sistemas de género forman este marco, incluyendo el sistema sexo/género y las disposiciones que del mismo se generen. Esto permite analizar los actos concretos de violencia, según el contexto en el que se inscriban. En otras palabras, si tomamos cualquier acto o práctica que consideremos violencia contra las mujeres basada en el género, como los matrimonios forzados o las agresiones sexuales, en cada contexto se desarrollan las concepciones sobre las identidades y sus significados, a través de distintos agentes o escenarios hasta conformar el acto individual en el que se comete la violencia. Este modelo permite afirmar las contingencias que en cada sociedad (o en cada comunidad grupal) se planteen respecto de un acto concreto y el imaginario social que lo rodea, así como las incidencias de los factores de riesgo para la ocurrencia de la misma.

En definitiva, supone una concreción de los espacios que da por válida una noción de violencia resultado de la aplicación de la tesis explicativa. Su idoneidad se justifica en la inclusión de los distintos escenarios en los que el género se produce y reproduce, y que legitima su origen social. Es necesario, no sólo a efectos de articular estrategias, sino también de construir un marco completo que permita incluir las distintas relaciones que pueden producirse en relación con otros sistemas. Este modelo introduce como dimensión esencial el género, sin impedir que en cada uno de los espacios identificados se vayan incorporando las posibles interacciones con el resto de sistemas y estructuras, entre los cuales se halla el origen cultural. Esto exige una concreción de las relaciones de desigualdad, si presumimos que se genera un sistema en este sentido, en función de cada uno de los contextos, y de cómo el género interactúa con el resto de sistemas.

Esta definición se complementa con la capacidad de identificación o percepción de la violencia por parte del sujeto que se enfrenta a ella. Al igual que la definición de la *Declaración*, se intenta delimitar el marco explicativo junto con los efectos que la categoría comprende al aseverar que es una vulneración de derechos. La tipología, entiendo, debe en todo caso añadirse con la finalidad de mostrar sus posibles manifestaciones y/o contenido. En este caso, la definición se ciñe al sujeto sobre quien se ejerce y cuáles son sus consecuencias, aunque debo señalar que previamente sitúa esta violencia en un contexto de relaciones de poder en el que el control social de las relaciones sociales de género se convierte en propósito y resultado. Es necesario reiterar que las estructuras y el sistema de género tiene carácter contingente, lo cual no parece incluirse en dicha definición.

Esta noción tiene una doble vertiente basada en el contenido semántico del propio concepto de *continuum*. En primer lugar, refiere la existencia de un rasgo común que subyace a todas las formas de violencia, en los actos de agresión, intimidación, coerción, coacción..., y que los relaciona. Cuando se abordan los distintos tipos de violencia, que inicialmente fueron explicitados de forma individualizada, se identifica un carácter violento y una intencionalidad determinada. No en relación con el sujeto sobre quienes se ejerce, sino en cuanto que dicha intención depende de la relación existente entre los géneros, que es una relación de poder. Éste es el elemento común que delimita un tipo específico de violencia y que supera las categorías analíticas que inicialmente se distinguen. Su argumento se fundamenta en las experiencias de las mujeres que se han enfrentado a distintos tipos de violencia.

En segundo lugar, y como correlato del anterior, estos actos pueden ser identificados individualmente. Debido a ese elemento común no generan categorías analíticas claramente diferenciadas, dado que se inscriben en la categoría general cuyo contenido se compone del mismo rasgo común a los actos referidos (Kelly, 1988). La génesis de esta noción se basa en los estudios iniciales de cada uno de los actos concretos. La heterogeneidad de la tipología no puede negarse porque, de lo contrario, se crearía una única noción que excluiría actos que comparten este elemento común que se convierte en el criterio identificador. Se afirma también que la adscripción de todos ellos a una categoría general (aunque sea más acorde a su definición hablar de un carácter) evita la creación de jerarquías. Si no puede establecerse una distinción analítica entre cada uno de los actos porque la noción se extrae del elemento común, tampoco es posible crear jerarquías entre los distintos actos.

Con todo, tratamos de configurar un concepto general, una categoría, arraigado en un modelo relacional *inter* géneros, a partir de los actos anteriores. Esta conceptualización trata de superar las aproximaciones teóricas y aquellas basadas en los actos concretos (Kelly y Radford, 1998). Si se considera que no puede hablarse de una simple conexión lineal entre los actos, se afirma que una jerarquía en función de la gravedad no se corresponde con la realidad, dado que el impacto en los sujetos sobre quienes se ejerce produce un mismo resultado. Y esto permite retomar la discusión sobre la categorización de la violencia en el doble sentido enun-

ciado; de creación de una categoría general y de análisis de las conductas concretas o tipos específicos de violencia.

Los riesgos de subcategorizar la violencia se concretan en los caracteres de cada uno de los tipos susceptibles de análisis. Se define una serie de actos que no son excluyentes entre sí, y con ello se producen distinciones que obvian las conexiones que existen entre estos distintos tipos. Esto no niega necesariamente las especificidades de cada acto, pero puede llevar a establecer jerarquías que, de hecho, afectan a considerar de mayor gravedad unos actos que otros. La jerarquía es una cuestión problemática porque suponen percepciones acerca de grados de gravedad, lo que excluye formas de violencia alegando que no se consideran graves.

Por todo ello, y retomando el modelo explicativo anteriormente referido, es necesario conjugar el modelo explicativo de la violencia con su percepción como un *continuum* con el propósito de reforzar los parámetros en los que descansa el primero. A diferencia de la propuesta conceptual anterior, considero conveniente crear categorías analíticas a partir de la contextualización de cada acto, partiendo del modelo explicativo y, por tanto, del concepto de género. Sólo si existe un marco conceptual de la violencia, puede identificarse su especificidad. Ello no desvirtúa la concepción de la violencia como un *continuum*, y permite establecer mejores respuestas, estratégicas o no, jurídicas y extrajurídicas (como mecanismos de recuperación de autonomía en los casos en los que los medios sociales imponen sanciones informales a las mujeres que han sido violadas) concretas a casos particulares.

5. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE ASILO Y GÉNERO

El tratamiento que los órganos jurisdiccionales han dado a la dimensión del género en las solicitudes de asilo, ocasiona dos etapas jurisprudenciales. Ambas se distinguen en relación con la apreciación de actos concretos de violencia contra las mujeres basada en el género como actos persecutorios, y de la plausibilidad que el género sea un criterio constitutivo de la categoría de grupo social determinado.

La primera de las etapas reconoce el carácter grave de algunos actos de violencia basada en el género contra las mujeres. La mutilación genital femenina, los casos de violación e incluso la reiteración de agresiones físicas en las relaciones de pareja se consideran graves para los tribunales tras un largo proceso interpretativo nada pacífico. Sin embargo, los tribunales coinciden en la inexistencia de un motivo que justificase el reconocimiento del estatuto. Frecuentemente se recurre a la protección por motivos humanitarios.

La segunda línea inicia una interpretación del género como dimensión que incide en los motivos de la persecución. Los tribunales recurren a la interpretación del ACNUR e inician un proceso de reconocimiento del género, aunque la mayoría de sentencias se refieran al sexo como el elemento constitutivo del grupo social determinado. Esta mayoritaria interpretación se afirma por parte de la doctrina (López Garrido, 1991), y parece reiterarse en la Ley 12/2009.

La primera línea jurisprudencial reitera la exigencia de la relación entre el acto persecutorio y los motivos establecidos en la *Convención*. En esta etapa, los tribunales españoles coinciden en la gravedad de determinados actos de violencia sexual. Ello permite su calificación como actos persecutorios (Miguel, 2008), pero se requiere la relación del acto con uno de los motivos previstos. Comienza a intuirse como motivo adecuado la categoría de grupo social determinado, acorde a la interpretación del ACNUR. La selección de este motivo es problemática por requerir un mayor nivel de prueba y también exige considerar su significado.

El género puede incidir como un factor determinante en la identificación del acto persecutorio, pero también en el motivo en el que se base dicho acto, lo que posibilita que existan principalmente tres supuestos. Estos son,

- i. la persecución es generizada, esto es, la forma que reviste el acto calificado como tal es un acto de violencia contra las mujeres basada en el género, y el motivo de la persecución está relacionado con el género;
- ii. la persecución es generizada, en el sentido anterior, pero el motivo no está basado en el género de la solicitante;
- iii. el acto persecutorio no es generizado, pero el motivo de la persecución sí esté basado en el género.

La necesidad de evaluar la incidencia del género en las demandas de asilo debe partir de las interpretaciones establecidas respecto de los motivos y del acto persecutorio. Existe un mayor consenso respecto de la calificación de actos de violencia contra las mujeres basada en el género como persecución (como reitera la jurisprudencia), que de la consideración del género como un criterio complementario a los expresamente establecidos en la *Convención* (como dispone la vigente ley de asilo).

Esta línea jurisprudencial tiende a afirmar el carácter persecutorio de algunos supuestos concretos de violencia contra las mujeres basada en el género. Ante el vacío jurídico existente, los tribunales inician una interpretación sobre la gravedad de determinados actos. Esto lleva a una diferenciación dependiendo del tipo de violencia, que debe ser superada si aceptamos la noción de *continuum*. La violencia contra las mujeres en relaciones de

pareja o ex pareja o los matrimonios forzados, por ejemplo, y a diferencia de la mutilación, no se consideraron actos persecutorios, en un primer momento.

Otro de los frecuentes obstáculos a los que deben hacer frente las mujeres que huyen buscando protección internacional por enfrentarse a supuestos de violencia basada en el género es la exigencia del carácter estatal del agente persecutorio. En este primer momento, la conjunción de las exigencias muestran las insuficiencias del régimen cuando en se plantean demandas de asilo basada en el género. Por esta misma razón, ha sido necesaria una interpretación jurisprudencial de cada uno de los elementos del estatuto, dado que no existía una norma específica hasta la reciente ley. Este requisito jurídico ha sido matizado y ha posibilitado la aplicación de la protección a los supuestos en los que el agente no es estatal. Se trata de una consecuencia esencial para quienes se enfrentan con mayor frecuencia a este tipo de violencia, y es prueba de la necesidad de adecuación de cada uno de los elementos para dar una respuesta adecuada a estas demandas.

6. LA LEY 12/2009 REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO. EL RECONOCIMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL COMO ACTO PERSECUTORIO

Más de veinte años después de la primera ley de asilo, la *Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* se aprueba el 30 de octubre de 2009. Esta norma modifica de forma considerable el contenido de la ley anterior, asumiendo gran parte de la Directiva 2004/83. En este sentido, cabe identificar cómo es posible en las circunstancias actuales acoger en nuestro ordenamiento parte de la evolución habida en otros, como es el caso de las interpretaciones del texto europeo en el que se asumen interpretaciones desarrolladas en algunos de sus países. De hecho, los caracteres del grupo social determinado tienen su origen en la tradición británica.

En el artículo sexto, se establecen en el primer párrafo los caracteres generales que de concurrir en el acto alegado lo calificará como persecutorio. En el segundo, se señalan algunas formas concretas que puede revestir un acto persecutorio. A diferencia de la Directiva, la ley española también prevé la persecución por motivos de género, y no la referencia general a "los aspectos relacionados con el sexo". La inclusión de los motivos de género, sin duda, eleva la protección de la persecución relacionada con el género en el asilo al equipararlo con el resto de motivos. Cabe señalar, pero, que no se enumera como un motivo más (como se desprende de la Disposición adicional tercera de la modificación de 2007), sino tras la consideración de la orientación sexual como criterio constitutivo de un grupo social determinado. La redacción actual no permite la concurrencia del género por sí sólo para la justificar el reconocimiento del estatuto. Esta previsión restringe la línea interpretativa iniciada por la modificación de la LOIEMH. *A fortiori* se incluye un criterio restrictivo innecesario (sobre la insuficiencia de la alegación de las circunstancias imperantes o los temores fundados), que limita la posibilidad de aplicación de dicha disposición. Parece que el régimen general, que se predica del resto de motivos deba entenderse suspendido para aquellas demandas basadas en el género.

La incorporación del género como motivo no se traduce en un expreso reconocimiento de la violencia contra las mujeres basada en el género como persecución. La referencia al carácter sexual de la violencia puede interpretarse como una previsión explícita de esta problemática, a diferencia del silencio de régimen anterior. Sin embargo, de nuevo se insiste en el carácter neutro del concepto de género. Ello no obsta para identificar en este texto parte de las previsiones surgidas como resultado de la larga evolución en el tratamiento del género en el derecho de asilo. Sobre todo por lo que refiere a las interpretaciones que en este sentido se ha aportado desde distintas sedes. Una de ellas es la propia noción de violencia sexual como posible forma de persecución, que supera la caracterización privada de dicho acto; lo que con anterioridad había legitimado su exclusión del ámbito de regulación jurídica. Las distintas posibilidades en las que la discriminación, directa o indirecta, puede constituir persecución, también son fruto de dicha evolución.

7. UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE ASILO

En el plano discursivo, la consideración política del origen de la violencia, entendida como social y producto de la relación de subordinación, permite afirmar su origen en las relaciones de dominación. Si esto es así, desvelar el origen político de la discriminación es condición necesaria para reconocer los derechos de las mujeres que solicitan asilo por haberse enfrentado a la violencia. En este caso, no se redunda en la excepcionalidad de los "casos de mujeres", sino que la discusión se ubica en el ámbito de los derechos y exige una revisión de las razones por las que se produce la huida.

Las experiencias masculinas se adoptan como referente neutro y se exige la asimilación de las experiencias femeninas al mismo. Las propuestas de regulación, o la constitución de parámetros de análisis de las respuestas jurídicas que se han dado al respecto, deben advertir esta premisa. Y, por esta razón, es conveniente promover interpretaciones que equiparen motivos y no las experiencias. En este sentido, la inclusión del género como uno de los motivos, a pesar de sus riesgos, puede evadir la equiparación de las últimas. Con este propósito debe ser definido, porque su indeterminación ha ocasionado en numerosas ocasiones delimitaciones insuficientes o confusas que contradicen su objeto.

Un criterio extrajurídico en el que los agentes estatales basan su valoración en los supuestos de solicitudes basadas en el género, o cuando el acto persecutorio reviste la forma de un acto de violencia de género contra las mujeres, se debe a una percepción de la cultura de origen de la solicitante como eminentemente patriarcal. Se promueve lo que se ha llamado "etnicismo" (Brah, 1993), referido en su caso a grupos raciales cuyas diferencias tienen un origen étnico. Traigo aquí este concepto porque permite entender el proceso de identificación que cometen estos agentes. En este caso, la diferencia entre una sociedad y otra se concibe como cultural. Y se identifica una determinada colectividad en relación con unas características concretas. Si se alega el origen étnico, éste se concibe como el único criterio configurador del grupo, obviando que en dicha sociedad, como en la nuestra, existen muchos otros ejes que generan relaciones múltiples entre sus sujetos (Calavitta, 2005; Renzetti, 1999). La valoración realizada sobre la cultura de origen de las mujeres que solicitan asilo desplaza el discurso de los derechos y de la experiencia de las mujeres que se enfrentan a dicha violencia (Macklin, 1995), lo que pone en peligro el consenso sobre la aceptabilidad de la evolución reiterada en estas páginas.

La identificación del género como dimensión en el derecho de asilo, en un proceso paralelo al desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, se conjuga con la interacción de los diversos sistemas sociales y ejes de configuración de las relaciones y las identidades. A ello hay que añadir que el derecho de asilo reconoce en situaciones de temor a/o actos de persecución que pueden deberse a diversos motivos. Por ello es necesaria una interpretación basada en un modelo que prevea el género en sus distintas claves o dimensiones, en las distintas fases del procedimiento de reconocimiento y en todos sus elementos.

En este caso, donde la demanda de asilo se basa en actos de persecución que revisten la forma de violencia de género, el énfasis en el origen cultural olvida el carácter racial con el que se construye la identidad de las mujeres de otras sociedades. Esto puede explicar el reconocimiento del estatuto de refugiada en aquellas solicitudes en las que las prácticas tradicionales ejercidas contra la solicitante son concebidas como especialmente graves y dirigidas contra las mujeres en una determinada sociedad, a diferencia de la persecución que reviste otras formas y que no se califican como actos persecutorios. Estoy pensando en las demandas planteadas por mujeres que son perseguidas por defender ideas feministas en países donde puede considerarse prohibido, y cómo la jurisprudencia española interpreta como actos persecutorios mayoritariamente casos de violencia como la mutilación o los matrimonios forzados y no las anteriores.

Las identidades de las mujeres refugiadas se construyen no sólo respecto del género, sino también de su situación como refugiadas. Si el significado de ambas identidades se construye de forma estática, las percepciones, nociones y el desarrollo normativo de las mismas, las identifica como meras receptoras de ayuda. Y por un doble motivo, por ser refugiadas y mujeres (en todos los niveles del proceso del reconocimiento del estatuto de refugiada y en sentido bidireccional). Esto confluye en una victimización y anulación de la capacidad de agencia y autonomía, así como en medidas proteccionistas propias del humanitarismo, que tanto se aleja del sentido humanitario de la institución del asilo (de Lucas, 1995). Por estas razones es necesario advertir el carácter dinámico respecto de ambos factores situacionales y (de) construir viejos conceptos, para que las mujeres refugiadas sean sujetos activos (Binder y Tosic, 2005)

Considero necesario la inscripción del género como categoría (lo que pretende el modelo explicativo) en cuanto que el reconocimiento del carácter generalizado de la configuración del régimen se advierte todavía de manera insuficiente. Las posibilidades de éxito de las demandas de asilo en las que el género es una dimensión que incide en ellas van a tener cabida en función de la interpretación que se haga de las categorías actuales. Coincido en la ineficacia de la común utilización de la "pertenencia a un grupo social determinado" como categoría que absorba todos los tipos de solicitudes de asilo, y que acerca estas cuestiones a un humanitarismo, que vacía de contenido esta institución, y temo que la inclusión del género tienda a la uniformidad de las experiencias de las mujeres (Razack, 1995). Una buena medida para evitar estos riesgos puede ser la incorporación de una tipología de actos lo más completa posible, pero no exhaustiva para obviar otras experiencias. Un ejemplo adecuado es la ley autonómica catalana sobre el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia sexista (Bodelón, 2006). Esta inclusión, reitero, tiene consecuencias inmediatas positivas, como la equiparación de los motivos o la concesión efectiva y eficaz de la protección, como prueba la SAN de 13 de enero de 2009, cuya decisión se basa en la consideración de la violencia en la pareja como una violación del artículo 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (fj 5º).

Es necesario que dichas medidas se desarrollen con las concepciones culturales y el "contexto biográfico" de los países de origen, así como las "estrategias de supervivencia y vida" en el país receptor (Binder y Tosic, 2005). Son relevantes las estrategias de supervivencia cuando se ejecutan en supuestos de violencia, porque conciben nuevos modos de agencia, y pueden condicionar el contenido de las medidas anteriores. El significado de una modificación de los presupuestos y las medidas en el régimen de asilo puede recuperar el sentido de su existencia, acorde a las circunstancias actuales, e incluso modifica el significado del marco y la incorporación de las experiencias de las mujeres y el carácter generalizado de un régimen que, por otra parte, influye en el sentido del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Anker, Deborah E. (2002). *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*. *Harvard Human Rights Journal*, 15, 133 - 154.
- Añón Roig, María José y Mestre i Mestre, Ruth María. (2005). *Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho*. En Boix Reig, Javier y Martínez García, Elena (Coords.). *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)* (pp. 31 - 64) Madrid: Lustel.
- Añón Roig, María José. (2009). *¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. En M.B. Cardona Rubert (Coord.) *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respecto igualitario de las reformas parentales* (pp. 11-38). Albacete: Bomarzo.
- Arenas Hidalgo, Nuria. (2008, marzo). *La "violencia doméstica" y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española*. *Revista de Derecho de Extranjería*, 17, 59-102.
- Asúa Batarrita, Adela. (2004). *Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*. En *Cuadernos Penales José María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*. Vol. 1 (pp. 201 - 234). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bacon, Rachel y Booth, Kate. (2000). *The Intersection of Refugee Law and Gender: Private Harm & Public Responsibility*. *The University of New South Wales Law Journal. The Refugee Issue*, 3 (23), 135 -163.
- Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna. (1992). *La cuestión de las mujeres y del derecho penal simbólico*. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nueva Época, IX, 43-74.
- Binder, Susanne y Tosic, Jelena. (2005). *Refugees as a Particular Form of Transnational Migrations and Social Transformations: Socioanthropological and Gender Aspects*. *Current Sociology*, 4 (53), 607-624.
- Bodelón, Encarna. (2006). *Falsas seguridades, inciertas libertades: El debate sobre la violencia de género*. En José Calvo González (Coord.). *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos (Actas de Comunicaciones)* (pp. 17 - 38). XXas Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Málaga: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.
- Bodelón, Encarna. (2008). *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*. En Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (Coords.). *Género, violencia y derecho* (pp. 275 - 300). Valencia: Tirant lo blanch. Alternativas.
- Brah, Avtar. (1993). *Difference, Diversity, Differentiation: Processes of Racialisation and Gender*. En John Solomos y John Wrench (Eds.). *Racism and Migration in Western Europe* (pp. 195 - 214). Oxford. Providence: Berg.
- Calavitta, Kitty. (2005). *Immigrants at the Margins. Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*. Cambridge: Studies in Law and Society. Cambridge University Press.
- Calvo García, Manuel. (2006). *La respuesta jurídica frente a la Violencia Familiar de Género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. En María José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda (Coords.). *La Tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica* (pp. 245 - 276). Logroño: Universidad de la Rioja. Servicio de Publicaciones. Colección Jurídica.
- Carlier, Jean-Yves. (1999). *The Geneva refugee definition and the 'theory of the three scales'*. En Frances Nicholson y Patrick Twomey (Eds.). *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes* (pp. 37 - 54). Cambridge: Cambridge University Press.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). (2008). *A fondo: la Ley de Igualdad y la Protección de las Víctimas de la Violencia de Género*. En *La situación de los Refugiados en España. Informe 2008* (pp. 88 - 95). Madrid: Entimema.
- Crawley, Heaven. (2001). *Refugee and Gender. Law and Process*. Bristol: Jordans.
- De Lucas, Javier. (1995). *Fundamentos Filosóficos del Derecho de Asilo*. *Derechos y Libertades*, 4, 23-55.
- Hathaway, James C. (1991). *The law of refugee status*. Toronto: Butterworths.
- Heyman, Michael G. (2005). *Domestic Violence and Asylum: Towards a Working Model of Affirmative State Action*. *International Journal of Refugee Law*, 4 (17), 729 - 748.
- Kelly, Liz y Radford, Jill. (1998). *Sexual Violence Against Women and Girls: An Approach to an International Overview*. En R. Emerson Dobash y Russell P. Dobash (Eds.). *Rethinking Sexual Violence* (pp. 53 - 76). London: Sage. Series on Violence Against Women.
- Kelly, Liz. (1988) *Surviving Sexual Violence*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Laurenzo, Patricia. (2005). *La violencia de género en la ley integral: Valoración político-criminal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7-8, 1-23.
- López Garrido, Diego. (1991). *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho.
- Macklin, Audrey. (1995). *Refugee Women and the Imperative of Categories*. *Human Rights Quarterly*, 17, 213 -227.
- McKay, Leanne. (2003). *Women Asylum Seekers in Australia: Discrimination and the Migration Legislation Amendment Act [Nº6] 2001 (CTH)*. *Melbourne Journal of International Law*, 2 (4), 439 - 466.

- Miguel Juan, Carmen. (2008). La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 17.
- Razack, Sherene H. (1995). Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender. *Canadian Journal of Women & Law*, 8, 45-88.
- Renzetti, Claire. (1999). The Challenge to feminism posed by Women's Use of Violence in Intimate Relationships. En Sharon Lamb (Ed.). *New Versions of Victims. Feminist Struggle with the Concept* (pp. 42 - 56). New York: New York University Press.