

PROTECCIÓN INTERNACIONAL, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

DRA. ANDREA BERTOMEU NAVARRO*

*Investigadora-Colaboradora de la Clínica Jurídica
por la Justicia Social UPV/EHU
Asesora Jurídica en materia de Protección Internacional
y Apatridia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL GÉNERO COMO MOTIVO DE PERSECUCIÓN: MARCO NORMATIVO. 2.1. Marco normativo internacional. 2.2. Marco normativo regional europeo. 2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la tutela del derecho al asilo de las personas solicitantes de protección internacional por motivos de género. 2.2.2. El derecho de asilo por motivos de género en el Derecho de la Unión Europea. 2.3. Marco normativo español. 3. PERSECUCIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 3.1. Concepto de persecución. 3.2. Manifestaciones de violencia contra la mujer susceptibles de constituir persecución. 3.2.1. Mutilación genital femenina. 3.2.2. Matrimonios forzados. 3.2.3. Violación. 3.2.4. Violencia de género. 3.2.5. Esterilización forzosa y abortos selectivos. 3.2.6. Orientación afectivo-sexual e identidad y expresión de género. 3.2.7. Trata de personas con fines de explotación sexual. 3.2.8. Otras manifestaciones. a) Transgresión de valores, normas o costumbres. b) Crímenes de honor. c) Crímenes relacionados con la dote. 4. RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE PERSONA REFUGIADA POR MOTIVOS DE GÉNERO: REQUISITOS ESPECÍFICOS. 4.1. Temor fundado de persecución. 4.2. Agentes de persecución estatales, ausencia de protección estatal y persecución por agentes particulares. 4.3. Alternativa de huida interna o reubicación. 4.4. Nexo causal en el examen de las solicitudes de protección de las víctimas de persecución por motivos de género. 4.5. Motivos conexos de la Convención de Ginebra de 1951 a la solicitud de protección internacional por motivos de género. 4.5.1. Raza. 4.5.2. Nacionalidad. 4.5.3. Religión. 4.5.4. Opiniones políticas. 5. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS SOLICITUDES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR MOTIVOS DE GÉNERO. 6. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el análisis del tratamiento jurídico de las solicitudes de protección internacional basadas en motivos de género y su encaje dentro de los motivos de persecución recogidos, entre otros textos normativos, en la Convención de Ginebra de 1951. En este sentido, con

* Fecha de recepción: 14 noviembre 2020

Fecha de aceptación: 14 diciembre 2020

Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas a lo largo del presente trabajo son exclusivamente de la autora y no deben atribuirse, en modo alguno, a ninguna entidad u organización en la que dicha autora haya ejercido o pueda estar ejerciendo en la actualidad labor alguna.

este trabajo se pretende poner de manifiesto, desde una perspectiva práctica, los obstáculos y dificultades que las mujeres y niñas afrontan a la hora de solicitar esta protección y denunciar las carencias del procedimiento de reconocimiento de la condición de persona refugiada en el particular caso de las persecuciones basadas en el género.

PALABRAS CLAVE: Protección internacional. Género. Derechos Humanos. Persecución. Asilo.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyse the legal treatment of requests for international protection based on gender grounds and their fit within the reasons for persecution included, among other normative texts, in the 1951 Geneva Convention. This work aims to highlight, from a practical perspective, the obstacles and difficulties that women and girls face when requesting this protection and denounce the shortcomings of the procedure for the recognition of refugee status in the particular case of persecutions based on gender.

KEYWORDS: International Protection. Gender, Human Rights. Persecution, Refuge.

RÉSUMÉ: L'objet de ce travail est d'analyser le traitement juridique des demandes de protection internationale fondées sur le genre et leur adéquation avec les motifs de persécution inclus, entre autres textes normatifs, dans la Convention de Genève de 1951. En ce sens, ce travail vise à mettre en évidence, d'un point de vue pratique, les obstacles et difficultés que les femmes et les filles rencontrent lorsqu'elles sollicitent cette protection et à dénoncer les insuffisances de la procédure de reconnaissance du statut de réfugié dans le cas particulier de persécutions fondées sur le genre.

MOTS CLÉS: Protection International. Genre. Droits de l'homme. Persécution. Asile.

LABURPENA: Hemen aurkezten den lan honek, genero arrazoieta oinarritutako nazioarteko babes eskaeren tratamendu juridikoa eta, beste testu araugileen artean, 1951eko Genebako Hitzarmenean jasotako jazarpen zergatien barruan hauek duten egokitzapena aztertzea du helburu. Zentzu honetan, lan honek, ikuspegi praktikoa batetik abiatuta, emakume zein neskek babes hau eskatzen dutenean aurre egin behar dieten oztopo eta zailtasunak agerian utzi eta generoan oinarritutako jazarpenen kasuan errefuxiatu estatusa aurrezagutzeko prozedurak dituen gabeziak salatu nahi ditu.

HITZ GAKOAK: Nazioarteko babesa, generoa, giza eskubideak, jazarpena, asiloa.

“Cuántas mujeres olvidadas porque ellas mismas ni siquiera pudieron, pueden o podrán decir esta boca es mía, este cuerpo es mío, esto es lo que yo pienso”.

Virginia Woolf (1882-1941)

1. INTRODUCCIÓN

La violencia ejercida con base en el género sigue siendo a día de hoy una de las principales causas que motivan el desplazamiento forzoso de mujeres y niñas en el mundo¹. Las mujeres no solo huyen de la violencia generalizada en sus países de origen, sino que también son víctimas de esta en los lugares de tránsito y de destino. Pese a ello, la respuesta que el Derecho internacional ha venido dando a las graves violaciones de derechos humanos de las que son víctimas las mujeres sigue siendo en la actualidad insuficiente, al existir una evidente discordancia entre el sistema normativo de derechos y garantías formales y el goce real y efectivo de los mismos, particularmente, en relación con este colectivo.

Si bien el Derecho internacional de las personas refugiadas guarda una férrea relación con el Derecho internacional de los derechos humanos², en la medida en que tanto la existencia del requisito del *temor fundado de persecución* como la del *daño grave*, elementos ambos clave para que una persona pueda ser reconocida como refugiada, son analizadas desde el prisma de la violación de derechos, estas violaciones, cuando tienen como protagonista al género femenino a duras penas son reconocidas y, cuando lo son, tienden a ser justificadas en atención a elementos de diversa índole como la religión o el legado cultural³. En consecuencia, las mujeres obtienen el reconocimiento del estatuto de refugiadas en menor medida que los hombres⁴. La explicación de ello la encontramos en que, tradicionalmente, la influencia de los esquemas patriarcales en la creación de las normas inter-

¹ Según datos del ACNUR, en 2019 el número de personas desplazadas forzosamente en el mundo ascendía a 79,5 millones. De estas, entre las desplazadas internacionalmente, las mujeres y niñas constituían un 46% del total y, entre las desplazadas internas, las mujeres y niñas constituían el 49%. ACNUR, *Tendencias globales, Desplazamiento forzado en 2019*. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf> (última consulta 25 de junio de 2020).

² En este sentido, véase, MAQUIEIRA D'ANGELO, V., "Derechos humanos de las mujeres y violencias. Reflexiones sobre movilidad, asilo y refugio", en: CORTÉS MAISONAVE, A. y MANJARREZ ROSAS, J., *Género, migraciones y derechos humanos*, Bellaterra, Madrid, 2018, pp. 73-106.

³ Sin embargo, como afirma MIGUEL JUAN, "las mujeres suelen ser las primeras víctimas de represión política, económica o social debido a legislaciones o normas sociales que les imponen un determinado comportamiento en virtud de las relaciones de género". Cfr. MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada feminista al Derecho internacional*, Ed. Catarata, Madrid, pp. 12 y 18-19.

⁴ En 2019, la tasa de reconocimiento del estatuto de persona refugiada sigue siendo menor en el caso de las mujeres con 53.723 (45%) resoluciones favorables frente a las 64.541 (55%) en el caso de los hombres. Véase, *Comisión de Ayuda al Refugiado* (CEAR),

nacionales ha tenido como consecuencia que el Derecho internacional de las personas refugiadas no haya sabido dar respuesta a una realidad como la de las persecuciones vinculadas a la condición de género y a la orientación afectivo-sexual, por entenderse que los daños infligidos se producían en la esfera privada y a manos de agentes no estatales, no revistiendo, por tanto, la suficiente entidad como para ser considerados, *stricto sensu*, contrarios a la prohibición de la tortura u otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Así, en infinidad de Estados donde las mujeres solicitan protección internacional la persecución de la que estas son víctimas se ha considerado un mero trato discriminatorio, relegado a la esfera privada, que no alcanza el nivel de gravedad requerido para el reconocimiento del Estatuto de persona refugiada, a pesar de que la Convención de Ginebra de 1951 tan solo requiere la existencia de un temor de persecución, ya sea por parte del Estado u otros organismos públicos dependientes de este, o por particulares⁵.

Partiendo del hecho de que la normativa internacional sobre protección internacional “se presupone universal y neutra al género”, en opinión de MIGUEL JUAN, la razón por la que las mujeres no se benefician en la misma medida que los hombres de la protección que brinda la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 obedece, principalmente, a dos motivos: por un lado, “se ha tomado como persecución paradigmática la que sufre el varón en el ámbito público por parte de agentes estatales, y las mujeres han sido reconocidas como refugiadas en aquellos casos en los que su persecución era similar a la persecución paradigmática masculina”; por otro, “los obstáculos que experimentan las mujeres para conseguir el estatuto de refugiadas no solo tienen que ver con el modo en que se interpretan las normas sustantivas sino también [...], con barreras relacionadas con el procedimiento, que dificultan o impiden a las mujeres el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiada”⁶.

Más que cifras. Disponible en: <https://www.masquecifras.org/> (fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

⁵ Para un estudio más en profundidad de la teoría general del Derecho internacional de las personas refugiadas, consúltese obras de referencia en esta materia como ROTACHE GORTÁZAR, C.J., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1997; GOODWIN-GILL, G.S. y MCADAM, J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007 y HATHAWAY, J.C. y FOSTER, M., *The Law of Refugee Status*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

⁶ Cfr: MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, pp. 17-19. En este sentido, véanse, para mayor abundamiento, MUSALO, K. “Steps forward and steps back: Uneven progress in the Law of Social Group and Gender-Based Claims in the United Sta-

Si bien, gracias en gran medida a la labor de interpretación que han llevado a cabo los órganos jurisdiccionales del *corpus normativo* sobre protección internacional, se ha avanzado en ambos aspectos al ampliar, por un lado, la interpretación de determinados conceptos básicos, entre los que se destaca la inclusión dentro del motivo de la persecución por pertenencia a *grupo social determinado* de la persecución por género y, por otro, al mejorar las prácticas en el marco del procedimiento para poder garantizar la adecuación del referido sistema normativo a la necesidad de protección de las mujeres y, *por ende*, el reconocimiento como víctimas de flagrantes violaciones de derechos humanos en virtud de las relaciones de poder sexo-género⁷, este camino no cabe entenderlo como agotado. En este sentido, el presente trabajo pretende analizar el estado actual de la cuestión y poner de manifiesto aquellos aspectos tanto materiales como procedimentales que todavía son susceptibles de mejora.

2. EL GÉNERO COMO MOTIVO DE PERSECUCIÓN: MARCO NORMATIVO

2.1. Marco normativo internacional

En los textos jurídicos internacionales más antiguos son dos los elementos principales que describen a la institución del refugio: 1) una ruptura en la relación de confianza, protección y asistencia que une a las personas con los gobiernos del país de su nacionalidad o de su residencia habitual; y 2) un cruce de fronteras en busca de protección en el territorio de un tercer Estado⁸. De hecho, si apelamos a la definición clásica del término,

tes”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, pp. 51-70 y ARENAS HIDALGO, N., “Mujeres refugiadas: entre el silencio jurídico y la aplicación de las perspectivas de género”, en: GALLEGO DURÁN, M. y GARCÍA GUTIÉRREZ, R. (Eds.), *El legado plural de las mujeres*, Ed. Alfar, 2005, Sevilla, pp. 76-116.

⁷ En línea con lo apuntado, JIMÉNEZ SÁNCHEZ sostiene que “las relaciones de género establecidas en las sociedades de origen y de destino pueden condicionar la efectiva garantía [de los derechos de las mujeres], por lo que es necesario adoptar una visión inclusiva y extensiva de los márgenes del Derecho, que por su naturaleza ha sido creado desde una visión androcéntrica”. Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “La persecución de género en el Derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas”, *Revista de Estudios Internacionales (REEI)*, n° 33, 2017, p. 4.

⁸ Véanse, entre otros, el *Acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios de 1926*, el *Acuerdo relativo a la ampliación a otras categorías de refugiados de ciertas medidas tomadas a favor de los refugiados rusos y armenios de 1928* o el *Acuerdo provisional relativo al estatuto de los refugiados provenientes de Alemania de 1936*. Cfr. REMIRO

se define a la persona refugiada como aquella que, “a consecuencia de guerras, revoluciones o persecuciones políticas, se ve obligada a buscar refugio fuera de su país”⁹.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional debe hacer frente al problema de los desplazamientos forzados y en masa de población provocados, en su mayoría, por los conflictos armados y se ve en la necesidad de especificar el término “persona refugiada” de una manera más precisa. Esto se tradujo en definirla como aquella persona que, encontrándose fuera del país de su nacionalidad o del país donde tuviese establecida su residencia habitual, no quisiera o no pudiera regresar a él debido a fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas¹⁰; una caracterización que, en opinión de REMIRO BROTONS, “acumula un componente ideológico e incide en los motivos que han llevado al solicitante de refugio a abandonar su país”¹¹, al constituir, como apunta MORGADES GIL, “la *persecución* una de las razones enunciadas en el eje vertebrador del término”¹².

Dicha definición se ha configurado como el fundamento básico del que parten, y sobre el que se apoyan, la mayoría de Estados a la hora de regular la institución del refugio, al corresponderse la misma con lo establecido en la Convención de Ginebra *sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967¹³:

BRONTONS, A., *Derecho internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 786.

⁹ *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española* (RAE), voz “refugiado”. Disponible en: <https://dle.rae.es/refugiado> (fecha de último acceso, el 17 de octubre de 2020).

¹⁰ En este sentido, véase, HATHAWAY, J.C., “The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950”, *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), vol. 33, 1984, pp. 348-380.

¹¹ Véase, HOLBORN, L. (Dir.), *Refugees: A problem of our time. The work of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1951-1972*, Scarecrow Press, Maryland, 1975.

¹² Cfr. MORGADES GIL, S., “Refugiado”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 10, abril-septiembre 2016, p. 237.

¹³ En este sentido, vease, ZIMMERMANN, A. (Eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 247 y ss. Para un estudio más en profundidad sobre el concepto de persona refugiada, véanse, WEIS, P., “Le concept de réfugié en droit international”, *Journal de Droit International* (JDI), t. 87, n° 4, 1960, pp. 928-1001; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general”, *Revista Española de Derecho Internacional* (REDI), vol. XXXV, n° 2, 1983, pp. 337-369; WIERZBICKI, B., “The notion of a refugee in international law: progressive development or stabilization”, *International Institute of Humanitarian Law Yearbook*, 1988, pp. 69-78;

El art. 1.A(2) de la Convención de Ginebra *sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 dispone que será refugiada aquella persona que: “(...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de **raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas**, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

A su vez, aquella persona nacional de un tercer país o apátrida que, no reuniendo los requisitos para ser reconocida como refugiada, tenga motivos fundados para creer que, si regresase a su país, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves debido a la violencia general e indiscriminada en situaciones de conflicto armado interno o internacional podrá optar al reconocimiento de la protección subsidiaria (Capítulo VI Directiva 2011/95/UE y Capítulo II Ley 12/2009 de asilo española). Así, son numerosos los Estados que han recogido esta figura en sus legislaciones nacionales, siendo la figura elegida por la mayoría de ellos para reconocer protección a las mujeres frente a la persecución. La ausencia de una jurisprudencia que clarifique los requisitos necesarios que avalen el optar por el reconocimiento del estatuto de persona refugiada o de la protección subsidiaria, en nuestra opinión, da como resultado ciertas confusiones en la aplicación de ambas figuras de protección en la práctica, siendo común que en situaciones similares se obtengan reconocimientos distintos. Además, existe un temor cierto a que pueda recurrirse en exceso a la concesión del estatuto de protección subsidiaria en solicitudes de protección

SZTUCKI, J., “Who is refugee? The Convention definition: Universal or obsolete”, en: NICHOLSON, F. y TWOMEY, P. (Eds.), *Refugee. Rights and Realities. Evolving international concepts and regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 22-24; CARLIER, J.; VANHEULE, D.; HULLMAN, R. Y. y GALIANO, P., *Who is a refugee? A comparative case law study*, *Kluwer Law International*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; FORTIN, A., “The Meaning of “protection” in the Refugee Definition”, *International Journal of Refugee Law* (IJRL), n° 4, 2000, pp. 548-576; HATHAWAY, J.C., “The development of the refugee definition in international law, the law of refugee status”, en: MUSALO, K.; MOORE, J. y BOSWELL, R.A., *Refugee law and policy: a comparative and international approach*, Carolina Academic Press, Durham, 2002; WORSTER, W.T., “The Evolving Definition of the Refugee in Contemporary International Law”, *Berkeley of International Law*, vol. 30, Issue 1, 2012, pp. 94-160; DRYWOOD, E., “Who’s in and who’s out? The Court’s emerging case law on the definition of a Refugee”, *Common Market Review*, vol. 51, Issue 4, pp. 1093-1124; GLYNN, I. “The genesis and development of Article 1 of the 1951 Refugee Convention”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 25, n° 1, 2011, pp. 134-148 y HÖPFNER, F.F., *L’évolution de la notion de réfugié*, Pedone, Paris, 2014.

internacional por motivos de género, pese a lo cual, es necesario reconocer que, por ejemplo, en casos de solicitudes por violencia de género, la tendencia en los últimos años en España ha sido decantarse por el reconocimiento del estatuto de persona refugiada, incluso en vía administrativa. Si bien es cierto que la protección subsidiaria es un instrumento que permite ampliar la protección, también es cierto que su carácter generalista, frente al personalista de la institución del refugio, hace que el estándar de protección se sitúe en un nivel más bajo, esto es, una situación de violencia indiscriminada y de vulneración de derechos puede, en el marco de un conflicto armado, estabilizarse e incluso, llegado un tiempo, darse por concluso y entender que la causa que dio lugar a la protección cesa, frente a una situación particular de violencia de género, enfrentarse a un matrimonio forzoso, sobrevivir a agresiones fundadas en la homofobia o ser víctima de mutilación genital femenina.

Por otra parte, una de las principales garantías que implica el reconocimiento de un estatuto de protección internacional, de obligado cumplimiento para los Estados, es el principio humanitario de *non-refoulement*, que goza de la consideración de norma *ius cogens* en el marco del Derecho internacional. En atención a este, ningún Estado podrá expulsar, devolver o extraditar a la persona a un territorio donde su vida o su libertad corran un riesgo grave¹⁴, aun cuando su cumplimiento por parte de los Estados a la hora de desarrollar sus políticas en materia de protección internacional está siendo cuestionado en los últimos tiempos.

Como se puede deducir del tenor literal de su artículo 1, la Convención de Ginebra de 1951 fue redactada en un momento histórico convulso y desde una perspectiva eurocéntrica, donde la persecución solo se contemplaba sobre la base de un perfil masculino, justificando dicha protección internacional con base en los motivos tasados de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social determinado u opiniones políticas; motivo este último, con diferencia, que motivaba la mayoría de solicitudes. Así, la persecución por motivos de género, si bien no era un fenómeno desconocido a los ojos de los Estados, en la medida en que la mujer era utilizada usualmente como arma de guerra en los conflictos bélicos, no fue tenido en cuenta en los debates que concluyeron con la adopción de dicho texto normativo ni posteriormente en su Protocolo de Nueva York de 1967.

¹⁴ Art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951: “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Esta cuestión ha generado un debate que, a día de hoy, todavía permanece vigente en el seno de la doctrina *iusinternacionalista*, entre aquellos partidarios de incluir el género como motivo autónomo, dado que su ausencia en la Convención perpetua la invisibilidad de estas víctimas, y aquellos partidarios de subsumirlo dentro de los motivos de persecución existentes, dejando en manos de unos tribunales, con amplio poder discrecional y lastrados por una visión profundamente masculina y conservadora, una interpretación que la realidad ha venido a demostrar no haber redundado en una mayor defensa de los derechos de las mujeres¹⁵. Como solución de compromiso, cabría quizás defender la necesidad de interpretar con *vis expansiva* los motivos de persecución existentes tomando en consideración la perspectiva de género¹⁶, evitando así los riesgos que implicaría someter a un proceso de reforma dicho instrumento, principalmente, a la vista del enfoque restrictivo que impera en las políticas migratorias que determinados países vienen adoptando en los últimos tiempos y cuya compatibilidad con los derechos humanos se está poniendo en tela de juicio desde una perspectiva jurídica.

En todo caso, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la protección internacional lleva aparejado un estatus de protección de carácter humanitario frente a las violaciones sistemáticas de derechos humanos, es primordial dar amparo jurídico a las solicitudes en las que el género es un factor determinante de la propia persecución, de forma que se posibilite que la violencia contra las mujeres, en todas sus formas, dé lugar al reconocimiento de protección¹⁷. Ante esta laguna legal, el ACNUR, a través de instrumentos de *soft law*¹⁸, comienza una ardua labor para fomentar que los Estados integren la perspectiva de género en su normativa en materia de protección internacional, destacando, entre ellos, las *Directrices del ACNUR: Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas* de 1991¹⁹, donde dicho organismo trató de unificar

¹⁵ Véase, entre otros, MERINO SANCHO, V., “Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 17, 2008, pp. 10.

¹⁶ Véanse, entre otros, ROTAECHE GORTÁZAR, C.J., *Derecho de asilo...*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁷ Cfr. UGARTE BOLUARTE, K.R.L., “Los Derechos Humanos de las mujeres en el marco de protección del Derecho Internacional: un repaso por la convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 9, n° 8, 2011, pp. 39-54.

¹⁸ Véanse, entre otras, Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR n° 54, *sobre seguridad de las mujeres refugiadas de 1988*; n° 60, *para facilitar la participación de las mujeres refugiadas de 1989*; n° 64, *en la que reconoce la necesidad de asegurar la igualdad de trato para las mujeres y hombres refugiados* o n° 105, *sobre estrategias de protección de mujeres y niñas en riesgo*, entre otras.

¹⁹ Véase, *Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas* preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra, julio 1991.

critérios a los efectos de constituir el mismo en un instrumento de referencia para los órganos decisorios estatales encargados de instruir solicitudes de protección internacional por motivos de género, y lo hizo sobre la base del motivo de “pertenencia a grupo social determinado”. Estas directrices fueron modificadas por unas nuevas *Directrices sobre protección internacional*, que incluían los resultados de la evolución jurisprudencial de los distintos ordenamientos estatales. Por un lado, 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 de 2002*²⁰, venían a consolidar la línea de interpretación del ACNUR en esta materia:

“[a]unque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951”²¹.

Por otro, las *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*²², venían a definir de forma actualizada lo que constituye un “grupo social determinado”:

“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 una innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”²³.

De este breve repaso a cómo recoge el Derecho internacional de las personas refugiadas el motivo de género cabría poner de manifiesto que

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

²⁰ Véase, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002.

²¹ Véase, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género...*, *op. cit.*, pág. 6.

²² Véase, ACNUR, *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*, de 7 mayo de 2002, HCR/GIP/02/02.

²³ *Ibidem.*, pág. 44.

el optar por mantener una categoría tan abstracta dentro de los motivos de persecución deja a la misma expuesta al riesgo de ser objeto indistintamente de interpretaciones amplias o restrictivas que no contribuyen a unificar un criterio de interpretación que sea de aplicación en todos los casos, como se observa en la evolución de la normativa internacional, así como en la jurisprudencia de determinados Estados, y que ha contribuido a desarrollar su condición indeterminada, pero también en ocasiones que ello suponga una merma en la defensa de los derechos de las mujeres. La categorización del género como categoría innata e inmutable puede generar conflictos, pues este puede evolucionar a lo largo de la vida de una persona, como lo demuestra el surgimiento de nuevas teorías sobre la sexualidad y el género. Por ello, el ACNUR viene recomendando que “[l]a noción de “pertenencia a un determinado grupo social debe interpretarse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos”²⁴, de tal manera que, en el marco de los procedimientos de asilo, el tratamiento del género y la sexualidad requiere que se tengan en cuenta las circunstancias particulares y las experiencias vividas por cada mujer solicitante de protección internacional. Se pretende así evitar el recurso, por parte de las autoridades del Estado de acogida encargado de resolver sobre dicha solicitud, a estereotipos o prejuicios que puedan inducir a errores al establecer la pertenencia de la mujer a un determinado grupo social.

De nuestra experiencia en el ámbito del asesoramiento jurídico en materia de protección internacional podemos afirmar que uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las mujeres solicitantes de protección internacional en la instrucción de sus expedientes, tanto en vía administrativa como en vía judicial, es que se ignora la existencia de una clara discriminación interseccional latente en este tipo de solicitudes, lo que deriva en el excesivo encasillamiento que del género se ha realizado dentro del motivo de persecución por pertenencia a grupo social determinado, que deja al margen otros motivos de persecución que pueden confluir, como las opiniones políticas, en los casos en los que una mujer se opone abiertamente a determinadas prácticas que suponen vulnerar derechos y libertades fundamentales, es decir, transgrede determinadas normas o costumbres sociales o religiosas que sustentan dichas prácticas. De esta manera se ofrece un perfil de mujer vulnerable, dependiente, ligada al rol reproductivo y familiar, y subordinada al poder del varón en la esfera pri-

²⁴ *Ibidem.*, párrafo. 44.

vada, frente al perfil de mujer empoderada, independiente, activista y con voz propia en el ámbito público.

De ahí que sea conveniente repensar la idea de considerar el grupo social determinado como conjunto de características compartidas innatas e inmutables y, más bien, como defiende YOUNG, “por un sentido de identidad que tienen las personas que lo integran”²⁵. Es por ello que, en las solicitudes de protección internacional por motivo de género, sería conveniente no desligar de los actos de persecución motivados por el género la naturaleza política y el contenido ideológico que pueden motivar los hechos que son perseguidos.

2.2. Marco normativo regional europeo

2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la tutela del derecho al asilo de las personas solicitantes de protección internacional por motivos de género

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950²⁶, es uno de los textos internacionales pioneros, no sólo en establecer un catálogo declarativo de derechos y libertades fundamentales, sino también en instaurar un mecanismo de protección judicial de los mismos a través de la labor ejercida por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)²⁷. Sin embargo, la protección ofreci-

²⁵ Cfr. YOUNG, I.M., “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal” en: CASTELL, C., *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires, pp. 99-126.

²⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor con carácter general el 3 de septiembre de 1953.

²⁷ El hecho de que tanto la Convención de Ginebra de 1951 como el CEDH de 1950 se adoptaran en la misma época ya es un claro reflejo de la voluntad de los Estados y, más en particular, de los países europeos, de reafirmar un corpus de principios fundados en el respeto y la protección de los seres humanos persona humana hacia los que la recién finalizada guerra había mostrado un desprecio total con el que se quería romper definitivamente. En palabras de WIEDERKEHR, esto supone “endossait donc la responsabilité de personnes privées de la protection de leur Etatles réfugiés –ou de personnes dont les droits et libertés fondamentaux étaient méconnus par un Etat– les personnes placées sous la juridiction de cet Etat”. Cfr. WIEDERKEHR, M. O., “L’ouvre de Conseil de l’Europe dans le domaine du droit de l’asile et des réfugiés”, en: VV. AA., *Droit d’asile et des réfugiés*, Colloque de Caen, Société Française pour le Droit International (SFDI), Ed. Pedone, Paris, 1997, p. 198.

da formalmente por el CEDH a los extranjeros presenta una doble laguna si la comparamos con la que proporcionan otros instrumentos jurídicos de naturaleza regional. Por una parte, el derecho de asilo es simplemente ignorado por el sistema europeo de garantía, de tal manera que ni el Convenio ni sus Protocolos Adicionales reconocen un derecho al asilo de forma expresa en su articulado, a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, mucho más progresista, que protege el derecho de toda persona a “buscar y recibir asilo en territorio extranjero” (artículo 22.7)²⁸, o la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, que reconoce el derecho de “todo individuo (...) cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países” (artículo 12.3)²⁹. Tampoco prevé ninguna prescripción en relación con la protección de las personas refugiadas, ni disposiciones sobre las migraciones forzadas o las personas que las integran.

Sin embargo, ha sido la interpretación que de las disposiciones del Convenio ha realizado el TEDH, a través de una rica y extensa jurisprudencia, lo que ha permitido configurar un marco específico en el que encajarían las personas refugiadas que, en virtud de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 1 del CEDH, como afirma MORGADES GIL, “han encontrado en este un entorno normativo de protección privilegiada”³⁰. Por tanto, las mujeres y las niñas víctimas de actos de violencia y de discriminación que se encuentren en el territorio de alguno de los Estados Parte en el Convenio tienen la posibilidad de invocar, ante los órganos pertinentes, cualquier violación del Convenio por parte de dichos Estados³¹.

²⁸ Véase, el art. 22.7 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969: “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

²⁹ Véase, el art. 12 .3 de la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981: “[t]odo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales”.

³⁰ Cfr. MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (RDCE), Año n° 14, n° 37, 2010, p. 802.

³¹ De hecho, el TEDH no ha dudado en admitir en diversas ocasiones que el CEDH “es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales, y que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales implica, paralela e ineluctablemente, una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales de la sociedad democrática”. Véanse, SSTEDH, de 15 de marzo de 1978, asunto *Tyrrer c. Reino Unido*, párr. 31 y de STEDH, de 13 de junio de 1979, asunto *Marchx c. Bélgica*. Desde el punto de vista doctrinal, véanse, GORTÁZAR ROTAECHE afirma en este sentido que “son muchas

Así, ha sido sobre el fundamento de la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH que el TEDH ha considerado que los Estados Parte no pueden devolver, expulsar o extraditar a una persona hacia un territorio donde pudiera ser objeto de este tipo de actos³². Asimismo, esta prohibición de devolución lleva implícita una garantía de que la persona pueda ejercer su derecho al asilo en el Estado de acogida, en la medida en que su situación particular haya sido objeto de un examen previo a la expulsión que determine si la misma precisa de protección internacional y, por tanto, deba evitarse imperiosamente su devolución al país perseguidor³³.

En este sentido, diversos pronunciamientos del TEDH han venido a establecer que, cuando la situación general en el país de origen revela un

las declaraciones de derechos humanos existentes, más la auténtica protección de los mismos no consiste sólo en “reconocerlos”, sino en dotar al individuo de los mecanismos procesales necesarios para defenderse ante una posible transgresión de los derechos que le han sido “reconocidos”. Cfr. GORTÁZAR ROTAECHE, C., Derecho de asilo..., *op. cit.*, p. 228; QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección: Estudios Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 94-95. Asimismo, véanse, MATSCHER, F., “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne”, en: SUDRE, F. (Dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 23 y PREBENSEN, S.C., “Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights”, en: MAHONEY, P.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. y WILDHABER, L., *Protecting Human Rights: The European perspective*. Studies in memory of Rolv Ryssdal, Ed. Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2000, p. 1123.

³² Al respecto, véase, GREENMAN, K., “A castle built on sand? Article 3 ECHR and the source of risk in non-refoulement obligations in international law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 72, n° 2, 2015, pp. 264-296; DE WECK, F., *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016; HAMDAN, E., *The principle of non-refoulement under ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016; JACKSON, M., “Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction”, *European Journal of International Law*, vol. 27, n° 3, 2016, pp. 817-830; FLEGAR, V., “Vulnerability and the Principle of Non-Refoulement in the European Court of Human Rights: Towards an Increased Scope of Protection for Persons Fleeing from Extreme Poverty?”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 8, n° 2, pp. 148-169 y COSTELLO, C., “The Search of the Outer Edges of Non-Refoulement in Europe”, en: CANTOR, D. y BERSON, B. (Eds.), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 180-20

³³ Para un análisis más detenido del alcance de este principio, véase, BERTOMEU NAVARRO, A., *El principio de non-refoulement. Aproximación a su reconocimiento y tutela en el Derecho internacional, europeo y español*, Tesis Doctoral, 2018 (Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/33011>),

cuadro persistente de violaciones de la prohibición de la tortura que se proyecta específicamente sobre un grupo concreto, específico y delimitado, –como las mujeres y las niñas–, por razones de diversa índole, la simple pertenencia del afectado a ese grupo es, por sí sola, elemento suficiente para constatar la concurrencia del riesgo real determinante de la obligación de no devolución³⁴. Una de las cuestiones a tener en cuenta a la hora de realizar la evaluación de riesgo es la existencia de un *riesgo real*. Así, apoyándonos en el enfoque adoptado por el TEDH en los asuntos *Soering*, *Chahal* y *T.I.*, todos ellos contra el Reino Unido, este ha expuesto este criterio en términos de un “riesgo real de exposición a” o “un riesgo real de ser sometido a” tortura³⁵. Asimismo, el umbral según el CEDH parece ser definido como aquel donde “[s]e han demostrado razones fundadas para creer que [la mujer] enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura” (artículo 3 CEDH)³⁶. En esta línea, el TEDH no ha tenido dudas en calificar la violación producida por agentes estatales en la esfera pública como tortura³⁷, sin embargo, cuando se ha tratado de actos de mutilación genital femenina o violencia de género cometidos por agentes no estatales (particulares) en un ámbito privado, hasta el momento, no ha llegado a calificar tales actos como tortura, conformándose con calificarlos de trato inhumano o degradante o, simplemente, indicando que dichas violaciones son contrarias al artículo 3 CEDH³⁸. Pese a ello, cabe valorar positivamente la labor del Tribunal en la medida en que favorece un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y reconoce expresamente la necesidad de protección internacional de estas víctimas frente a actos de

³⁴ Véanse, SSTEDH, de 11 de enero de 2007, asunto *Salah Sheekh c. Holanda*, párrafos 148-149 y de 28 de febrero de 2008, asunto *Saadi c. Italia*, pág. 39. Véase, STJUE, de 7 de noviembre de 2013, asunto *X. Y. y Z*, C-199/12 y C-200/12, donde se define la noción de “grupo social”. El relación a las solicitudes de protección internacional por motivos de género y el principio de no devolución, véase, Council of Europe, “Gender-based asylum claims and *non-refoulement*: articles 60 and 61 of the Istanbul Convention”, *A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 2019.

³⁵ Véanse, SSTEDH, de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*, pág. 88; de 15 de noviembre de 1996, asunto *Chahal c. Reino Unido*, párrafos 74 y 80; de 22 de septiembre de 2009, asunto *Abdolkhani y Kariminia c. Turquía*; de 23 de marzo de 2016, asunto *F.G. c. Suecia*, párrafos 111 y ss. y de 23 de agosto de 2016, asunto *J.K. y otros c. Suecia*, párrafos 85 y ss.

³⁶ En este sentido, véase, STJUE, de 17 de febrero de 2009, asunto *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07.

³⁷ Véase, STEDH, de 25 de septiembre de 1997, asunto *Aydın c. Turquía*.

³⁸ Véanse, SSTEDH, de 26 de marzo de 1985, asunto *X. y Y. c. Holanda* y, de 4 de diciembre de 2004, asunto *M.C. c. Bulgaria*.

violencia contrarios al artículo 3 CEDH, ya sea como tortura o como trato inhumano o degradante³⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, corresponde en principio a la mujer solicitante aportar un indicio de prueba sobre el riesgo de sufrir maltrato en caso de transferencia, y, en su caso, al gobierno demandado disipar las dudas así suscitadas⁴⁰. Y ello, sin perjuicio de que la especial relevancia que reviste la prohibición de la tortura exija un examen riguroso e imparcial de este tipo de asuntos, en cuyo caso el TEDH se arroga la facultad de valorar, no sólo los materiales aportados por las partes, sino también material obtenido *motu proprio*⁴¹, excluyendo expresamente que los únicos elementos de referencia puedan ser los procedentes de las autoridades del Estado demandado. Como consecuencia de ello, los materiales que toma en consideración el TEDH para apreciar el riesgo son de lo más variado, incluyendo informes de reputadas ONG, de organismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos o de fuentes gubernamentales, en estos casos.

En el marco de la protección internacional, aun cuando es el riesgo de violación de la prohibición de la tortura el supuesto típico y más habitual de surgimiento de la obligación de no devolución (artículo 3 CEDH), el TEDH ha vinculado la prohibición de la devolución (*refoulement*) a violaciones de otras disposiciones recogidas en el CEDH si se procede a expulsar o devolver, en este caso en particular a mujeres, al país perseguidor a sabiendas de los riesgos a los que estarían expuestas y que comprometerían su

³⁹ Véanse, SSTEDH de 12 de junio de 2008, asunto *Bevacqua y S c. Bulgaria*; de 9 de junio de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*; de 17 de mayo de 2011, *Izebekhai c. Irlanda*; de 20 de septiembre de 2011, asunto *Omeredo c. Austria* y de 19 de junio de 2016, asunto *Sow c. Bélgica*.

⁴⁰ Véanse, SSTEDH, de 28 de febrero de 2008, asunto *Saadi c. Italia*, párrafos 129-132; de 9 de mayo de 2012, asunto *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, pág. 261; de 2 de junio de 2015, asunto *Ouabour c. Bélgica*, pág. 65 y de 23 de marzo de 2016, asunto *F.G. c. Suecia*, pág. 120. No obstante, en el asunto *Hirsi Jamaa*, el TEDH viene a señalar que con independencia de que se haya expresado o no el temor a ser perseguidos en sus países de origen, o de ver peligrar su vida o su libertad, es deber del Estado no proceder a la expulsión, devolución o extradición de persona alguna a un Estado respecto del que tenga información que acredite la violación sistemática de derechos humanos, como era el caso de Libia. STEDH, de 23 de febrero de 2012, asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, pág. 133.

⁴¹ Véanse, SSTEDH, de 30 de octubre de 1991, asunto *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, pág. 107; de 29 de abril de 1997, asunto *H.R.L. c. Francia*, pág. 37; de 6 de marzo de 2001, asunto *Hilal c. Reino Unido*, pág. 60; de 5 de julio de 2005, asunto *Said c. Holanda*, pág. 49; de 26 de julio de 2005, asunto *N. c. Finlandia*, pág. 160; de 11 de enero de 2007, asunto *Salah Sheekh c. Holanda*, párr. 136; o de 28 de febrero de 2008, asunto *Saadi c. Italia*, pág. 128.

vida e integridad. Se trata, entre otros, del artículo 1 CEDH (Obligación de respetar los derechos humanos); el artículo 2 CEDH (Derecho a la vida); el artículo 5 CEDH (Derecho a la libertad y a la seguridad); el artículo 6 CEDH (Derecho a un proceso equitativo); el artículo 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar); el artículo 13 CEDH (Derecho a un recurso efectivo) y el artículo 4 (Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros) del Protocolo Adicional nº 4 al Convenio. En este sentido, por expulsión colectiva se ha de entender, toda medida que obligue a abandonar el territorio de un Estado a personas extranjeras, en tanto que grupo o dada su pertenencia a un colectivo (por ejemplo, mujeres pertenecientes al colectivo LGTBI+ o mujeres víctimas de trata) sobre la base de criterios discriminatorios, de donde cabe deducir el carácter arbitrario de la medida y su consecuente ilegalidad. Por tanto, cabe inferir que son tres las garantías principales que ha de ofrecer una expulsión en orden a no ser calificada como colectiva en el marco de europeo: por un lado, que no obedezca a motivos relacionados con la pertenencia a un determinado colectivo, por otro, que sea consecuencia del análisis individualizado de la situación de cada una de las personas afectadas; y, por último, que la persona expulsada disponga de mecanismos jurídicos suficientes para hacer frente a la orden de expulsión ante las autoridades competente⁴².

2.2.2. El derecho de asilo por motivos de género en el Derecho de la Unión Europea

La persecución por motivos de género ha experimentado en el Derecho de la UE un proceso de construcción jurídica en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)⁴³. Desde que comenzó a desarrollar sus políti-

⁴² Aunque no expresamente relacionadas con cuestiones de género, el TEDH se ha pronunciado sobre la prohibición de las expulsiones colectivas en las SSTEDH, de 5 de febrero de 2002, asunto *Conka c. Bélgica*; de 23 de febrero de 2012, asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; de 3 de julio de 2014, asunto *Georgia c. Rusia (I)*; de 21 de octubre de 2014, asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* y de 13 de febrero de 2020 (Gran Sala), asunto *N.D. y N.T c. España*.

⁴³ La regulación del derecho de asilo en la UE encuentra su fundamento, concretamente, en el marco de la *Política Común de Asilo*, uno de los pilares vertebradores del denominado *Espacio de Libertad Seguridad y Justicia* (ELSJ) de la UE. El ELSJ está directamente relacionado con el derecho fundamental a la libre circulación de personas (a día de hoy recogido como un derecho fundamental en los arts. 20.2 a) y 21 TFUE y en el art. 45 CDFUE). Para un estudio más en profundidad sobre el ELSJ, especialmente desde la perspectiva de las reformas de Lisboa, véanse, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (Coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión*

cas de inmigración, la UE siempre tuvo presente que en ellas la cuestión de la inmigración irregular, el asilo y el control de fronteras exteriores⁴⁴ debían estar sometidas al respeto de los derechos humanos en su ejecución⁴⁵ y, más todavía, dada la gravedad y la naturaleza irreparable del perjuicio derivado de la expulsión de una mujer a un tercer país en el que exista un grave riesgo de que sea sometida a condena a muerte, violencia de género, tortura y/o tratos inhumanos o degradantes⁴⁶, como así lo expresaba el TJUE en el asunto *Centre public d'action sociale d'Ottignies Louvain-la-Neuve y Moussa Abdida*⁴⁷.

En consecuencia, los Estados miembros, en su papel de garantes de los derechos humanos, cuando desarrollen sus políticas de asilo se encuentran sometidos a lo que sobre esta materia dispongan los Tratados de la Unión⁴⁸, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CD-

Europea, Iustel, Madrid, 2012 y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 11ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 87-12.

⁴⁴ El núcleo duro del Derecho en vigor en esta materia viene recogido en el Título V. *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* de la Tercera Parte del TFUE, en particular, arts. 77 a 80 del mismo: “Políticas sobre control en las fronteras, asilo e inmigración”.

⁴⁵ De conformidad con el mandato establecido en el art. 2 TUE: “[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos (...). Estos valores son comunes a los Estados miembros (...)”. Desde el punto de vista doctrinal, véase, REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 213-256. Asimismo, véanse, GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular, derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2014 y el *Manual de Derecho Europeo sobre Asilo, Fronteras e Inmigración, elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (FRA) y el Consejo de Europa, Luxemburgo, 2014.

⁴⁶ Cfr. MERINO SANCHO, V., “El Sistema Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, Documentación Social n° 180, (Ejemplar dedicado a: *Cuestionando el mito de “la crisis de los refugiados”: ¿el naufragio de Europa?*), 2016, pp. 185-201; Europe and Central Asia Regional Office UN Women, *Report on the legal rights of women and girl asylum seekers in the European Union*, Istanbul, March 2017 y WELFENS, N., “Protecting Refugees Inside, Protecting Borders Abroad? Gender in the EU’s Responses to the “Refugee Crisis”, *Political Studies Review*, vol. 18, n° 3, 2020, pp. 510-524.

⁴⁷ STJUE, de 18 de diciembre de 2014, asunto *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve y Moussa Abdida*, C-562/13, pár. 50.

⁴⁸ Véanse, el TUE (versión consolidada). *DOUE*, C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 y ss. y TFUE (versión consolidada). *DOUE*, C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 13 y ss. En concreto, el artículo 78 .1 TFUE establece que “[l]a Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a toda [persona] nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como los

FUE), en particular los artículos 18 (Derecho de asilo) y el artículo 19 (Protección en caso de devolución, expulsión y extradición), así como, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Derecho derivado de la Unión y, por último, la jurisprudencia del TJUE⁴⁹.

El derecho de asilo tiene su máxima expresión en el marco del Derecho originario de la UE en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) refiriéndose al mismo en los siguientes términos:

“[s]e garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”⁵⁰.

Dicha disposición, vincula jurídicamente tanto a la Unión, (instituciones, órganos y agencias) como a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, por mandato expreso del artículo

demás tratados pertinentes”. Así lo reconoce el TJUE en el asunto *N.S. y otros* en los siguientes términos: “[e]l sistema europeo común de asilo se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra y en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución. El respeto de la Convención de Ginebra y del Protocolo de 1967 se prevé en el artículo 18 de la Carta y en el artículo 78 TFUE. (...) . Véase, STJUE, de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, párr. 75, 78 y 80. Asimismo, véanse, STJUE, de 2 de marzo de 2010, asunto *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, párrafos 52 y 53; de 17 de junio de 2010, asunto *Bolbol*, C-31/09, párrafos 38 y de 9 de noviembre de 2010, asunto *Bundesrepublik Deutschland c. B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, párrafos 77 y 78.

⁴⁹ Cfr. LECZYKIEWICZ, D., “Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice: Immigration, Criminal Justice and Judicial Cooperation in Civil Matters”, *Legal Research Paper Series*, Paper n° 1, January 2016, pp. 1-4.

⁵⁰ Es importante destacar que su inclusión en la CDFUE supuso el reconocimiento del derecho de asilo como derecho fundamental ante la ausencia de reconocimiento expreso en el CEDH. Téngase en cuenta a estos efectos, las *Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales*. DOCE, C-303, de 14 de diciembre de 2007. Este artículo es común que sea traído a colación por el TJUE en sus escasos pronunciamientos en materia de asilo a modo de baluarte que encabeza todo el hilo argumental que da respuesta a las cuestiones prejudiciales. En este sentido, véanse, SSTJUE, de 2 de marzo de 2010, asunto *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08; de 17 de junio de 2010, asunto *Bolbol*, C-31/09, párr. 38; de 9 de noviembre de 2010, asunto *B.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09; de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, párr. 75; de 5 de septiembre de 2012, asunto *Y.*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11 y de 7 de noviembre de 2013, asunto *X., Y. y Z.*, asunto acumulados C-199/12 y C-2010/12.

51 .1 de la Carta⁵¹. Por tanto, el artículo 18 CDFUE proclama el derecho a solicitar asilo y el deber de los Estados de garantizarlo, en los casos recogidos por las normas internacionales, como un derecho autónomo con sustantividad propia. Asimismo, dicha disposición protege a “toda persona”, independientemente de su nacionalidad o del estatuto jurídico que tenga en el Estado en cuestión, configurándose como un derecho de corte universal. Por tanto, el derecho de asilo contemplado en el artículo 18 CEDH se convierte en una herramienta de protección de derechos humanos de la ciudadanía de terceros países que entra en las fronteras de la UE, incidiendo exclusivamente en la necesidad de protección de aquellas mujeres o niñas que se encuentran en peligro en sus países de origen o de residencia⁵².

Por otra parte, el artículo 18 CDFUE, que proclama el derecho a solicitar asilo y el deber de los Estados miembros de garantizarlo, se encuentra estrechamente relacionado en el ámbito europeo con el artículo 19 CDFUE, que contempla la prohibición general de devolución cuando ello suponga una amenaza para la vida y la integridad física y/o psíquica de la mujer:

“1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”⁵³.

⁵¹ El art. 51 de la Carta dispone expresamente: “[l]as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

⁵² Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 18. Derecho al asilo”, en: MANGAS MARTIN, A. y GONZÁLO ALONSO, L.N. (Coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 356 y ss.

⁵³ A pesar de la conexión existente entre ambas disposiciones, las mismas se configuran como derechos autónomos con sustantividad propia. Así, a diferencia del art. 18 CDFUE, el art. 19 CDFUE incide en la cuestión del consagrado principio de no devolución (*non-refoulement*) reformulando el contenido jurídico que el mismo había tenido hasta ahora, para añadirle la prohibición de extradición y exigiendo, en todo caso, el cumplimiento de un requisito fundamental, esto es, la existencia de un grave riesgo de ser condenado a pena de muerte o de ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, véanse, SSTJUE, de 18 de diciembre de 2014, asunto *Mohamed M'Bodj y État belge*, C-542/13, p. 38; de 19 de diciembre de 2012, asunto *Abed El Karem El Kott y otros*, C-364/11, p. 43 y de 18 de diciembre de 2014, asunto *Abdida*, C-562/13, p. 49.

El artículo 19.1 CDFUE enuncia una prohibición general y precisa de las expulsiones colectivas, esto es, se puede considerar que toda expulsión colectiva de un grupo de personas del territorio de un Estado Miembro de la UE está estrictamente prohibida por la Carta⁵⁴. Asimismo, el artículo 19.2 de la CDFUE encierra la prohibición de que una persona pueda ser enviada forzosamente al Estado de origen cuando corra el riesgo de ser objeto de un acto de persecución en el que su vida o su integridad física se vean gravemente comprometidas por motivos de género⁵⁵. En este sentido, el artículo 19.2 de la Carta no sólo recoge la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, sino que añade un tercer supuesto, la pena de muerte. Esta novedosa inclusión es una de las mayores aportaciones de la CDFUE al principio de *non-refoulement*, frente a otros textos internacionales en los que no se recogía explícitamente el supuesto de la pena de muerte⁵⁶.

⁵⁴ En este punto, resulta obligado el recurso al art. 4 del Protocolo Adicional nº 4 al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH en esta materia como parámetros de interpretación del sentido y el alcance del artículo 19 .1 de la Carta. A estos efectos, véase, las *Explicaciones sobre la Carta de...*, *op. cit.*

⁵⁵ En el supuesto de que un Estado miembro, sin un proceso de individualización, identificación y examen de fondo de la situación particular de una mujer procediera a su expulsión, devolución (*refoulement*) o extradición a un país, mediando motivos fundados de que esta persona pudiera ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes o a la pena de muerte, podría comportar que otros derechos de la Carta por rebote (*par ricochet*) pudieran verse conculcados. Véanse, SSTJUE, de 28 de abril de 2011, asunto *El Dridi*, C-61/11, párrafos 29-62; de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, párrafos 109-115; de 22 de noviembre de 2012, asunto *M.*, C-277/11, párrafos 81-82; de 6 de junio de 2013, asunto *M.A. y otros*, C-648/11, párrafos 57, 59 y 61; de 18 de julio de 2013, asunto *Comisión y otros/Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, pár. 99; de 5 de junio de 2014, asunto *Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14 PPU, pár. 37; 5 de noviembre de 2014, asunto *Mukarubega*, C-166/13, párrafos 42-43; de 2 de diciembre de 2014, asunto *A. B. C. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asuntos acumulados C-148/13, C-149/13 y C-150/13, pár. 65; de 11 de diciembre de 2014, asunto *Boudjlida*, C-249/13, párrafos 49, 52 y 53; de 16 de julio de 2015, asunto *Lanigan*, C-237/15, párrafos 57-63; de 15 de febrero de 2016, asunto *J.N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asunto C-601/15 PPU, pár. 81; de 15 de febrero de 2016, asunto *J.N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asunto C-601/15 PPU, pár. 47; de 5 de abril de 2016, asunto *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, pár. 85; de 28 de julio de 2016, asunto *J.Z. y Prokuratura Rejonowa Łódź – őródmieście*, asunto C-294/16 PPU, párrafos 48 y 49 y de 6 de septiembre de 2016, asunto *Aleksei Petruhhin*, C-182/15, pár. 56.

⁵⁶ En este sentido, véanse entre otras, SSTJUE, de 6 de septiembre de 2016, asunto *Aleksei Petruhhin*, C-182/15, pár. 58; de 5 de abril de 2016, asunto *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, pár. 88; de 26 de febrero de 2013, asunto *Stefano Melloni*, C-399/11, párrafos 59 y 63; de 18 de diciembre de 2014, asunto *Mohamed M'Bodj y État belge*, C-542/13, pár. 38; de 18 de diciembre de 2014 asunto *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve y Moussa Abdida*, C-562/13, pár. 46; de 14 de noviembre

Aunque el derecho de asilo en el ámbito europeo tiene su máxima expresión en el Derecho originario de la UE, es preciso apuntar que este también ha tenido su reflejo en el Derecho derivado de la UE, de la mano del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), cuya regulación se encuadra en el Título V del TFUE relativo al “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (artículos 67-89).

El punto de partida para considerar que mujeres y niñas pueden ser beneficiarias de protección internacional en la Unión viene dado por la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁷, de 13 de diciembre de 2011, que tiene como objeto “el establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional”⁵⁸, de acuerdo a lo establecido por la Convención de Ginebra y su Protocolo y respetando la dignidad humana, el derecho al asilo y los demás derechos y libertades fundamentales establecidos en la Carta⁵⁹.

Dicho instrumento sitúa claramente el género dentro del motivo de persecución de pertenencia a grupo social determinado en los siguientes términos:

“A efectos de definir un determinado grupo social, se tendrán debidamente en cuenta, en la medida en que estén relacionadas con los temores fundados del solicitante a ser perseguido, las cuestiones relacionadas con el sexo del solicitante, incluida la identidad de género y la orientación sexual, que pueden estar vinculadas a ciertas tradiciones jurídicas y costumbres de las que puede derivarse, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado”⁶⁰.

Y contempla entre los actos de persecución para el reconocimiento del estatuto de persona refugiada:

- “a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;
- b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;

de 2013, asunto *Puid*, C-4/11, párrafos 30 y 36 y STJUE, de 21 de diciembre de 2011, asunto *N.S. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, párrafos 88, 94 y 112.

⁵⁷ *DOUE*, L 337, de 20 de diciembre de 2011.

⁵⁸ Art. 1 de la Directiva 2011/95/UE.

⁵⁹ Considerando núm. 16 de la Directiva 2011/95/UE.

⁶⁰ Considerando núm. 30 de la Directiva 2011/95/UE.

- c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;
- d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias [...];
- f) actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños”⁶¹.

A su vez, en aquellos casos en los que no cumplieran los requisitos para el acceso a dicho estatuto, reconoce la posibilidad de acceder a la protección subsidiaria en atención a la situación general imperante en el país de origen, teniendo en consideración la concurrencia de los siguientes actos de persecución:

- “a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o
- b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o
- c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”⁶².

Conviene subrayar que el reconocimiento del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria por motivos de género ha sido recogido en esta Directiva de forma restrictiva y condicionada en su artículo 10.1 d). La primera de estas restricciones establece que tanto la identidad de género como la orientación afectivo-sexual se tendrán en consideración dentro del concepto de grupo social determinado “[e]n función de las circunstancias imperantes en el país de origen”. Esta vinculación del género a las circunstancias del país de origen tiene dos consecuencias fundamentales: por un lado, exige por parte de las autoridades nacionales competentes el conocimiento de la situación de la mujer respecto de cada país, una exigencia que genera una clara inseguridad jurídica para estas mujeres, pues la ausencia de información sobre el país de origen da lugar a prejuicios y a denegaciones; por otro, esta restricción opera de forma discriminatoria en relación con los otros motivos de persecución: raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, sobre los que no se exige la condición de las circunstancias imperantes en el país de origen.

La segunda de las restricciones, se deriva de la advertencia de que “[n]o podrá entenderse la orientación sexual (o la identidad de género) en

⁶¹ Art. 9.2. de la Directiva 2011/95/UE.

⁶² Art. 15 de la Directiva 2011/95/UE.

un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros”. En este sentido, resulta especialmente alarmante este tipo de restricciones, por ambiguas y discriminatorias, máxime si consideramos que en el marco de la UE los actos sexuales mantenidos por personas adultas del mismo sexo y, por supuesto, cualquier cuestión de género no caben ser concebidos en manera alguna como actos que puedan llegar a constituir una conducta delictiva. Ello no hace sino llevar al propio legislador europeo a incurrir en prejuicios discriminatorios al vincular, cuando menos indirectamente, la orientación sexual y el género con conductas tipificadas penalmente en Europa en las que resulta indiferente quién acomete tales actos.

La Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*⁶³, por su parte, desarrolla un complejo engranaje normativo que rige los procedimientos para conceder o retirar la protección internacional en los Estados miembro y contempla de manera específica las cuestiones de género, destacando, con cierta flexibilidad y no con carácter vinculante, que las mismas son un factor importante que debe tenerse en cuenta a lo largo del procedimiento. En este sentido, las mujeres solicitantes “pueden necesitar garantías procedimentales especiales por razón, entre otros, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual”⁶⁴.

En relación con el procedimiento, la citada Directiva establece que “con vistas a garantizar una igualdad sustantiva entre solicitantes de uno y otro sexo, los procedimientos de examen deben tener en cuenta el factor género. En particular, las entrevistas personales deben organizarse de modo que sea posible para [las personas] solicitantes de uno y otro sexo hablar de sus pasadas experiencias en casos de persecución basada en razones de género. La complejidad de las peticiones relacionadas con el factor género debe tenerse debidamente en cuenta en procedimientos basados en el concepto de tercer país seguro, el concepto de país de origen seguro o la noción de solicitudes posteriores”⁶⁵. A su vez, al referirse al personal a cargo de las solicitudes de protección internacional, se establece que este deberá estar preparado para poder escuchar, asesorar y apoyar en materias

⁶³ *DOUE*, L 180, de 29 de junio de 2013.

⁶⁴ Considerando núm. 29 de la Directiva 2013/32/UE.

⁶⁵ Considerando núm. 32 de la Directiva 2013/32/UE.

que tienen que ver con el género y, por tanto, sensibilizado con las problemáticas asociadas al género⁶⁶.

a) “[...] la persona que vaya a celebrar la entrevista es competente para tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad;

b) siempre que sea posible, dispondrán que la entrevista a [la] solicitante sea celebrada por una persona del mismo sexo, si así lo pide [aquella]⁶⁷.

Finalmente, otro de los aspectos importantes es que se establece la posibilidad de conceder un estatuto individual a la mujer que ha sido víctima de violencia de género, incluso cuando la solicitud de protección internacional se haya hecho en conjunto con la familia. Ello permite a la mujer no depender de la situación de su pareja y, en muchos casos, alejarse de una situación de violencia de género en el seno del hogar familiar:

“los Estados miembros podrán dictar una resolución única que se aplique a todas las personas a cargo, a menos que de ello se derive la revelación de circunstancias particulares de un solicitante que pueda poner en peligro sus intereses, en particular en aquellos casos en que se trate de persecución por razones de género, orientación sexual, identidad de género y/o edad. En tales casos, se dictará una resolución separada para la persona afectada”⁶⁸.

De forma particular, con relación al marco normativo comunitario, cabría poner de manifiesto la doble moral exhibida por la UE en el marco de sus políticas de asilo, en función de la perspectiva desde la que estas son concebidas. Desde una perspectiva interna, estas políticas vienen marcadas por la promoción y consideración de un enfoque de género que tenga en cuenta los riesgos a los que se enfrentan las mujeres y las niñas, tanto en la huida de sus países como en el tránsito hasta llegar al país de acogida, y por el desarrollo de un marco normativo aplicable a los procedimientos de asilo con un claro enfoque de género. Desde una perspectiva externa, por el contrario, estas políticas vienen marcadas por su principal objetivo, que no es otro que la protección de las fronteras exteriores de la UE y la reducción de los flujos migratorios, lo que está redundando en un cada vez más difícil acceso a los procedimientos de asilo y, por lo tanto, en una clara limitación

⁶⁶ Considerando núm. 10.3 d) de la Directiva 2013/32/UE.

⁶⁷ Art. 15.3 apartados a); b) y c) de la Directiva 2013/32/UE.

⁶⁸ Art. 11.3 de la Directiva 2013/32/UE.

de los derechos humanos y de las libertades más fundamentales de las personas solicitantes de protección internacional, con especial incidencia en los colectivos más vulnerables, como es el caso de mujeres y niñas.

2.3. Marco normativo español

El artículo 13.4 de la Constitución española establece “los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Por su parte, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*⁶⁹, siguiendo la línea de la normativa europea⁷⁰, establece en su artículo 3 el reconocimiento de la condición de refugiado en los siguientes términos:

“[I]a condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, *de género* u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él”.

Por su parte, la protección subsidiaria queda configurada en el artículo 4 de la Ley 12/2009 como:

“el derecho dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que aunque no reúnan los requisitos para obtener el asilo o para ser reconocidas como refugiadas, sí que se den sobre ellos motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual, en el caso de los apátridas se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley (...)”⁷¹.

⁶⁹ BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁷⁰ Al respecto, véase, HEREDIA VALERO, A., “El papel pionero de la legislación española en materia de asilo y persecución por motivos de género en el marco de consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (Coords.), *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2011, pp. 573-591.

⁷¹ En este sentido, véase, RODRÍGUEZ MEJÍA, M., “La persecución por razón de género en la nueva ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria”, en: AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C. (Coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Este reconocimiento legal explícito que del derecho a la protección internacional por género hace el ordenamiento jurídico español supone un importante avance normativo para todas aquellas mujeres y niñas que huyen de sus países de origen a causa de la persecución por el mero hecho de vivir o posicionarse en contra de las estrictas normas políticas, religiosas o sociales impuestas por las sociedades patriarcales en las que viven⁷². No obstante, aunque en un principio podría deducirse del tenor literal del citado artículo que la persecución por motivos de género se incluía como motivo autónomo, lo cierto es que ha quedado configurado como una mera característica que, junto con otra y no por sí misma, puede constituir un grupo social.

En el marco de la presente ley, concretamente en el Título I *De la protección internacional* (artículos 6 a 15), la normativa española sigue la línea establecida por la ya analizada Directiva 2011/95/UE en relación con los actos de persecución, daños graves y motivos de persecución (artículos 6, 7 y 10). En todo caso, destaca lo establecido en el artículo 7.1 e) de la Ley 12/2009, y ya criticado en este trabajo, según lo cual sólo puede incluirse el género dentro del concepto de grupo social determinado en función de las circunstancias imperantes en el país de origen y, en ningún caso, podrá entenderse como orientación sexual la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, el artículo 46 de esta Ley, en su apartado primero, ampara a las personas refugiadas que se hallen en situación especial de vulnerabilidad al establecer que:

“se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos”.

Resulta fundamental para garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres que el ser víctimas de actos violentos y discriminatorios implique su consideración como grupo en situación de especial vulnerabilidad que requiere una serie de medidas específicas, tanto respecto

⁷² Véase, MERINO SÁNCHEZ, V., *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas*, Civitas, Madrid, 2012.

a las garantías del procedimiento como respecto de las condiciones de acogida. Así, las mujeres solicitantes de protección internacional pueden beneficiarse de lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo 46, al precisar que “[d]ada su situación de especial vulnerabilidad, se adoptarán las medidas necesarias para dar un tratamiento diferenciado, cuando sea preciso [...]. Asimismo, se dará un tratamiento específico a aquellas que, por sus características personales, puedan haber sido objeto de persecución por varios de los motivos previsto en la presente Ley”. En esta línea, se establece en el artículo 36.1 apartado f), que la concesión del asilo supondrá, a su vez, el reconocimiento de “los derechos reconocidos por la legislación aplicables a las personas víctimas de violencia de género”. Por último, al referirse al mantenimiento de la unidad familiar, se establece en el artículo 40.1 apartado b) un límite infranqueable, esto es, que el mismo podrá “garantizarse mediante la concesión, respectivamente, del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar” al cónyuge salvo en los casos de concesión del estatuto de persona refugiada por razón de género “cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente”⁷³.

Desde una perspectiva práctica, cabe afirmar que a nivel estatal existe una tendencia hacia la interpretación restrictiva de muchos de los aspectos clave analizados hasta el momento, tanto en vía administrativa como en vía judicial, lo que unido a la cuestión de la dificultad probatoria⁷⁴ y a

⁷³ Para mayor abundamiento en cuestión, puede consultarse MERINO SANCHO, V., “La violencia de género como acto persecutorio en el Derecho de asilo tras la reforma de la Ley 12/2009, una reforma inconclusa”, en: GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituciones de Migraciones, Granada, 2011, pp. 2169-2177.

⁷⁴ Pese a que, en principio, bastaría con aportar “indicios suficientes” de persecución, sin que sea necesaria prueba plena, los tribunales no se han mostrado, con carácter general, sensibles a las particularidades de este tipo de persecución y de las dificultades aparejadas a la misma. En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2010, define como indicios suficientes: “aquellos indicios que permiten concluir que hay una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad”. STS, de 24 de febrero de 2010. Asimismo, un años después es más preciso al afirmar que: “[...] aunque para la concesión del derecho de asilo no es necesaria, ciertamente, una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de aquellos motivos, si es necesario, al menos, que existan indicios suficientes de ello, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a

una usual consideración de inverosimilitud de los relatos de las víctimas⁷⁵, ha dado como resultado una falta de protección efectiva para las mujeres solicitantes de protección internacional por motivos de género⁷⁶. En este sentido, no resulta extraño que los tribunales consideren ciertos actos violentos contra las mujeres como delito común que el Estado de origen ni promueve ni tolera⁷⁷, aun cuando sea conocido que la violencia contra las mujeres es estructural en esos Estados y sus autoridades no tiene capacidad para enfrentarla. Así, son pocas las sentencias que otorgan protección internacional a las mujeres, pues los tribunales españoles mantienen una posición no suficientemente garantista, negándose a distinguir el estándar exigido a nivel internacional para la valoración de los hechos y las pruebas que sustentan este tipo de persecuciones y aferrándose a los estándares aplicables en otros órdenes como el civil o, particularmente, el penal de los ordenamientos nacionales.

3. PERSECUCIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

3.1. *Concepto de persecución*

Ante los infructuosos intentos por lograr una definición del término “persecución” que sea universalmente aceptada en la Comunidad Internacional, resulta inevitable recurrir al tenor literal del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 como elemento de referencia a la hora

la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.[...]”. STS, de 10 de octubre de 2011. Para DIAZ LAFUENTE, este argumento reiterado en la doctrina jurisprudencial, parece evidenciar el miedo de los operadores jurídicos al abuso del derecho de asilo, “lo que, en ocasiones, ha producido la aplicación del principio de indicios suficientes, más que como filtro entre los relatos veraces y aquellos de falsedad manifiesta, como parapeto que imposibilita un análisis exhaustivo y profundo de la realidad del solicitante. Cfr: DIAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio...*, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁵ Art. 26.2 de la Ley 12/2009.

⁷⁶ STAN, de 13 de enero de 2009, F.J. 1. En este sentido, véase, KAHALE CARRILLO, D.T., “Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género: sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 2009”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 102, 2009, pp. 239-250.

⁷⁷ STS, de 19 de septiembre de 2011. En este sentido, véase, GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público –Asilo y refugio – Persecución por motivos de género. Permanencia en España por razones humanitarias: Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5927/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 19 de septiembre de 2011”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, n° 1, 2012, pp. 152-158.

de pretender deducir el alcance de tal término. Así, a grandes rasgos, cabe afirmar que es susceptible de constituir persecución toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas⁷⁸. Sin embargo, ante una definición tan vaga es necesario matizar que, en aquellos casos en los que una persona es víctima de medidas que no superan *per se* el umbral para constituirse en persecución, pero estas tienen como consecuencia abocarla a una situación de flagrante discriminación, y en conjunto con otros factores adversos (“motivos concurrentes”) la sitúan en un clima de opresión e inseguridad en su país de origen o de residencia, cabrá afirmar, como lo hace el ACNUR, que resulta justificado el reconocimiento de esos fundados temores a ser perseguida⁷⁹.

Es importante advertir en este punto que el término persecución debe ser analizado atendiendo expresamente a las circunstancias concretas de cada caso, es decir, analizando de forma individualizada la situación particular de la persona y teniendo presente tanto el contexto geográfico, histórico, etnológico como, indiscutiblemente, la perspectiva de género. Además, la apreciación que un determinado Estado realice de la existencia de la persecución dependerá del estándar de respeto de los derechos humanos fijado por dicho Estado, pues, en definitiva, es el encargado de determinar si el acto que teme, o del que ha sido víctima, una mujer solicitante de protección internacional viola sus derechos más fundamentales⁸⁰. Por tanto, la interpretación de dicho concepto resulta forzosamente versátil.

⁷⁸ Cfr. El art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 reza así: “[n]ingún Estado [...] podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su *vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”.

⁷⁹ Al respecto, el ACNUR afirma de manera concluyente que: “[l]a adopción de una interpretación de la Convención de 1951 sensible a la dimensión de género no significa que todas las mujeres serían merecedoras del estatuto de refugiado (...) deberá demostrar que tiene fundados temores de ser perseguid[a] por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política”. Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, párrafo 4.

⁸⁰ Según el ACNUR: “[e]l carácter subjetivo del temor a ser perseguido requiere una evaluación de las opiniones y de los sentimientos de la persona de que se trate. Toda medida real o prevista contra esa persona habrá de considerarse también a la luz de esas opiniones y sentimientos”. Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, Reedición, Ginebra, febrero de 2019, p. 21, párrafos 52-53.

En la práctica, a pesar de que la doctrina *iusinternacionalista*, en su gran mayoría, ha defendido que los redactores de la Convención de Ginebra de 1951 dejaron el concepto de persecución abierto deliberadamente al verse en la dificultad de poder enumerar todas las formas de violencia que pudieran legitimar a una persona a solicitar protección internacional⁸¹, las mujeres han sido y son víctimas de daños físicos graves por razón de su género tales como la mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso, la violencia machista, la interrupción forzosa del embarazo o la trata para explotación sexual, entre otros.

Durante años, la jurisprudencia española se ha opuesto a reconocerlos como actos de violencia contra las mujeres que pudieran interpretarse en clave de persecución y las habilitase a solicitar protección internacional. Esta oposición radicaba en el hecho de considerar tales actos como “costumbre tribal”, “persecución de índole privada o familiar”, “persecución personal”, “activismo sociocultural” o “conflicto familiar”⁸². A este respecto, si la violación flagrante de derechos humanos constituye la base de la persecución para evaluar el daño grave, y admitiendo el sesgo androcéntrico que ha caracterizado desde siempre al Derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho internacional de los refugiados⁸³, cabe afirmar que este último razonamiento ha sido uno de los fundamentos principales para justificar esta *praxis* jurisprudencial que lleva a considerar que tales actos no constituyen actos de violencia contra las mujeres contrarios a los estándares de protección de derechos humanos fijados por

⁸¹ Cfr. CRAWLEY, H., *Refugees and Gender, Law and Process*, Ed. Jordan, Bristol, 2001.

⁸² En este sentido, véanse, SSTAN, de 12 de noviembre de 1998; de 7 de marzo de 2001; de 4 de abril y de 10 de abril de 2002; de 10 de febrero y de 25 de mayo de 2004; de 8 de febrero, de 15 de marzo; de 31 de marzo y de 12 de abril de 2005.

⁸³ Para un análisis detallado de las razones que nos llevan a tal afirmación, veáanse, entre otros, CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C.; WRIGHT, S., “Feminist Approaches to international law”, *American Journal of International Law*, vol. 85, núm. 4, 1991, pp. 613-645; *Idem.*, “Feminist Approaches to international law: Reflections from Another Century”, en: BUSS, D. y MANJI, A., *International Law. Modern Feminist Approaches*, Ed. Hart Publishing, Portland, 2005, pp. 17-45; *Idem.*, “The Gender of Ius Cogens”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, núm. 1, 1993, pp. 63-76.; CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C., *The boundaries of International law: A feminist analysis*, Manchester University Press, Manchester, 2000; BYRNES, A., “Women, Feminism and International Human Rights Law – Methodological myopia, fundamental flaws or meaningful marginalization?: Some current issues”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1992, pp. 205-240; ANKER, D.E., “Refugee Law, Gender, and Human Rights Paradigm”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, spring 2002, pp. 133-154 y FELLMETH, A.X., “Feminism and International Law: Theory, Methodology, and Substantive Reform”, *Human Rights Quarterly*, vol. 22, núm. 3, 2000, pp. 658-733.

los Estados y, en consecuencia, susceptibles de legitimar una solicitud de protección internacional por motivos de género.

La definición de persecución acuñada por HATHAWAY, según la cual esta debe entenderse como “la violación prolongada y sistemática de derechos humanos básicos junto a la ausencia de protección estatal”⁸⁴, ha contribuido a que en casos de violencia machista, donde los perseguidores son agentes no estatales (particulares) y donde, además, se pone de manifiesto la falta de voluntad del Estado para proteger o la incapacidad del mismo para detener y evitar el daño severo contra la víctima, pueda considerarse un reconocimiento tácito de la imposibilidad manifiesta de proteger del Estado de origen en casos de violencia de género, abriendo las puertas a que las mujeres puedan solicitar protección internacional y sean reconocidas como refugiadas. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar además que la noción de “persecución por motivos de género”, tal y como fue acuñada en su momento, carece de valor jurídico en sí misma, y es el uso que se le ha dado, refiriéndose al conjunto de solicitudes de protección internacional en las que el género representa un factor relevante para la determinación de la condición de persona refugiada o cuando las violaciones de derechos tienen relación con el rol que se le asigna a una persona en la sociedad por su género o por sus preferencias afectivo-sexuales, lo que ha contribuido a atribuirle dicho valor jurídico.

A estos efectos, es necesario analizar, en primer lugar, qué se considera violencia contra las mujeres, para después entrar a examinar las múltiples y variadas formas de ejercer dicha violencia. Así, en su mayoría, son las mujeres las primeras víctimas de la represión política, económica o social, debido a las propias legislaciones vigentes en sus países que les imponen un comportamiento específico en virtud de su género y por el cual se ven forzadas a huir. En este sentido, la forma de ejercer la violencia contra las mujeres abarca un amplio espectro que va, entre otras, desde ser víctimas de amenazas continuadas; sufrir atentados contra su integridad física y psíquica si su comportamiento causa un grave perjuicio al hombre con el que sentimentalmente están unidas; convertirse en el objetivo para atentar contra un determinado grupo étnico al poseer la capacidad reproductora o ser objeto de persecución por no aceptar los valores morales, éticos o tradiciones que la sociedad en la que viven les impone. Así, la violencia ejercida contra la mujer se convierte en uno de los mecanismos sociales

⁸⁴ Cfr. HATHAWAY, J., *The Law of Refugee Status*, Ed. Butterworths, Toronto, 1991, pp. 104-105.

fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación y, por ende, de discriminación respecto del hombre.

En el marco del Derecho internacional, si bien la Convención *sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) de 1979⁸⁵ no contempló en su texto la cuestión de la violencia en relación con el género, sí lo hizo años más tarde su Comité en la Recomendación General n° 19 *sobre violencia contra la mujer de 1992*, definiendo dicha violencia como aquella “dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” y que incluye “actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad”.

Un año después, con la adopción en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración *sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (DEVAW), por primera vez, se pone de manifiesto el consenso internacional existente en torno a la obligación de los Estados de prevenir la violencia contra las mujeres y reparar el daño causado⁸⁶. Así, se matiza en el artículo 1 de dicho texto que por violencia contra la mujer se entiende “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

A su vez, en su artículo 2, esta Declaración enumera los actos que abarca la violencia contra la mujer, aunque sin pretender constituirse en una lista cerrada:

“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutila-

⁸⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Fecha de entrada en vigor, el 3 de septiembre de 1981.

⁸⁶ La DEVAW por primera vez considera la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación cuyos actos no sólo tienen consecuencias discriminatorias para este colectivo en el reconocimiento y goce de sus derechos más fundamentales sino que, en sí mismos, dichos actos son discriminatorios por ser la máxima expresión de las relaciones de poder desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a esta última a una situación de subordinación histórica respecto del hombre y donde el *corpus iuris* de la mayoría de sociedades y, más en particular, en lo que se refiere al proceso de creación de normas obviando la perspectiva de género, ha contribuido a perpetuar. En este sentido, véase, BARRÈRE UNZUETA, M.A., “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en: MESTRE, R. (Coord.), *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 45-71.

ción genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

Por su parte, la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* de 1994⁸⁷, en su artículo 1, define la violencia contra la mujer como la “acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. A estos efectos, cabe destacar que, en su artículo 2, aporta mayor exhaustividad al describir el ámbito en el que tal violencia puede producirse:

“a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y;

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

Para concluir, en su artículo 3, recoge de forma categórica el derecho que tiene toda mujer “a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” y, en su artículo 4, impone obligaciones a los Estados para que empleen la diligencia debida en condenar “todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”.

Ya en 2002, y siguiendo la línea marcada por los distintos textos internacionales citados, el ACNUR recoge en sus *Directrices sobre protección inter-*

⁸⁷ *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* de 1994, adoptada en Belem do Para (Brasil) el 9 de junio de 1994.

*nacional: 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, que las solicitudes de protección internacional por motivos de género abarcan, generalmente, “actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores y costumbres morales, y discriminación contra los homosexuales”*⁸⁸, entre otras.

Finalmente, en 2011, es el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres*⁸⁹, el que teniendo presente la perspectiva de género en la redacción de su articulado, define la violencia contra las mujeres y, en particular, aquella ejercida por razones de género, en su artículo 3, apartados a) y d), con la novedad de entender dicha violencia como una forma de discriminación arraigada en la desigualdad de género en la sociedad y cuyos actos son acometidos sobre la base del género, y en función de ellos son contemplados en dicho instrumento como delito⁹⁰.

“a) por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada [...]

d) por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada; [...]”.

Asimismo, en su artículo 5, apartado primero, impone a los Estados la obligación de abstenerse “de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres” y de asegurarse “que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación”. En

⁸⁸ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género...*, *op. cit.*, párrafo. 3.

⁸⁹ *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres* adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (11V.2011), ratificado por el gobierno español en 2014.

⁹⁰ En este sentido, consúltense los arts. 32 a 42 de dicho Convenio en lo relativo a las medidas legislativas o de otra índole que exhorta a adoptar a los Estados Parte para tipificar como delito tales actos, en casos como los matrimonios forzados, la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual, la mutilación genital femenina, los abortos y la esterilización forzada, así como los delitos cometidos en nombre del honor.

el mismo sentido, en su apartado segundo, exhorta a adoptar “las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”⁹¹.

De este breve repaso a la normativa aplicable cabe concluir que estamos ante una persecución, aplicada particularmente al ámbito de la protección internacional, cuando existe una violación sistemática y sostenida en el tiempo de derechos humanos básicos que causa un daño especialmente grave y reiterado, y donde el Estado se niega o no es capaz de brindar protección. Este enfoque de derechos humanos que se le otorga a la persecución permite que se consolide el estatuto de refugiado como un mecanismo de protección de derechos para aquellas personas que huyen forzosamente de la persecución de su país.

No pasa desapercibido desde un punto de vista jurídico y, por consiguiente, es merecedor de reproche, el hecho de que una gran parte de los textos donde se define la violencia contra las mujeres pertenezcan al ámbito del *soft law* y carezcan de fuerza vinculante para los Estados que conforman la Comunidad Internacional, dejando su interpretación y cumplimiento a expensas, bien del buen hacer de los mismos y del desarrollo, en última instancia, de un derecho consuetudinario en torno a tal práctica, bien de la *praxis* jurisprudencial. En todo caso, teniendo en consideración todo lo anterior, es importante destacar que, a los efectos de hablar de persecución, los actos de violencia contra las mujeres pueden producirse tanto en el ámbito público como en el privado, pueden llevarse a cabo por agentes estatales o particulares, siendo en este último caso el Estado, asimismo, responsable por no haber obrado con la diligencia requerida a la hora de adoptar las medidas pertinentes para prevenir, investigar y castigar tales actos.

3.2. Manifestaciones de violencia contra la mujer susceptibles de constituir persecución

Una vez definido de forma somera el concepto de persecución aplicable a la materia, dedicaremos unas líneas a analizar con más en detalle algunas de las formas en las que se manifiesta tal violencia y cómo estas manifes-

⁹¹ Véanse, Consejo de Ministros a los Estados del Consejo de Europa: Recomendación 1450 (2000) *sobre la violencia contra las mujeres en Europa* y Recomendación Rec(2002)5 *sobre la protección de las mujeres contra la violencia*.

taciones deben ser consideradas persecución a los efectos de otorgar la protección internacional a las mujeres y niñas víctimas de tales actos.

3.2.1. Mutilación genital femenina

Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la mutilación genital femenina (en adelante, MGF) es aquel procedimiento que “comprende la escisión total o parcial de los órganos genitales femeninos o cualquier otra lesión de los mismos por motivos no médicos”, esto es, aquel que, no aportando “ningún beneficio a la salud de las mujeres ni de las niñas”, supone “una violación de los derechos humanos” de este colectivo⁹². Si atendemos al significado que la Real Academia Española de la Lengua proporciona del vocablo “ablación”, en la primera de sus acepciones, de forma general lo define como “[l]a extirpación de cualquier parte del cuerpo”; la segunda de ellas, circunscrita más directamente al tema que nos ocupa, precisa que “[e]n algunas culturas, [supone la] extirpación ritual del clítoris”, a lo que la última de las acepciones viene a añadir un matiz más jurídico al entender que abarca un “[s]acrificio o menoscabo de un derecho”⁹³.

Los motivos por los cuales en el marco de una determinada sociedad las mujeres se ven sometidas a este tipo de prácticas pueden ser de muy diversa índole. En este sentido, puede deberse a razones culturales, en tanto en cuanto dicha práctica llega a convertirse en una tradición fuertemente arraigada en una sociedad y supone para la mujer una vía para la aceptación social y la pertenencia a su comunidad o grupo étnico, evitando así verse condenada al aislamiento social. Puede, asimismo, obedecer a razones religiosas, en el sentido de convertirse en una prueba de fe, o puede

⁹² La MGF puede ser practicada de cuatro formas diferentes: Tipo I. Clitoridectomía: eliminación parcial o total del clítoris y/o prepucio; Tipo II. Escisión o ablación: es la eliminación parcial o total del clítoris, del prepucio, y de los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores. Tipo III. Infibulación: es la extirpación de la totalidad o parte de los órganos genitales externos, cosiendo a continuación la abertura vaginal de forma que sólo quede un pequeño orificio para expulsar la orina o el flujo menstrual y Tipo IV. Comprende distintos procedimientos por los que se manipulan de forma dañina y sin finalidad médica los genitales, como por ejemplo, el punzamiento, la perforación, la cauterización, la raspadura, corte o la utilización de sustancias para remover la totalidad o parte de los órganos genitales. *Cf.* Organización Mundial de la Salud (OMS). Información disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

⁹³ Disponible en: <https://dle.rae.es/ablaci%C3%B3n> (fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

convertirse y utilizarse a modo de instrumento de sometimiento y control de la mujer en beneficio del hombre, proyectado, principalmente, al ámbito del matrimonio y la conservación del honor de la mujer. En estos casos, dicha práctica pretende asegurar la continuidad del grupo, en la medida en que evita las amenazas que puedan poner en peligro la identidad colectiva del mismo, es decir, dificulta las violaciones, evita la promiscuidad y, derivado de ello, los castigos por mantener relaciones pre o extramatrimoniales. En definitiva, merma el deseo sexual de la mujer y mantiene sobre la misma un control que perpetua su subordinación con respecto al varón⁹⁴. En este sentido, para MIGUEL JUAN, la mutilación genital femenina no solo constituiría un daño físico contra las mujeres y una negación de su libertad personal y autonomía, sino que el control de la autonomía sexual de una mujer, “que es el objetivo principal de la mutilación genital femenina”, cualquiera que fuera el daño físico de dicha práctica, representaría ya una amenaza merecedora de protección⁹⁵.

En esta línea, una reciente propuesta de Declaración del Parlamento Europeo manifestaba que la mutilación genital femenina “constituye una forma extrema de discriminación contra las niñas y las mujeres” y que “esta práctica viola el derecho de las niñas y las mujeres a la salud, la seguridad y la integridad física, el derecho a la libertad frente a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a la vida cuando la práctica produce la muerte”. Asimismo, sostenía que “se lleva a cabo principalmente porque goza de aceptación social en determinadas culturas y por motivos religiosos”, señalando que, en muchas culturas, “se considera un requisito previo para el matrimonio y que las niñas o mujeres que no han sido sometidas [a dicha práctica] son consideradas insanas, sucias o indignas”, haciendo hincapié en que dicha práctica “está destinada a im-

⁹⁴ Cfr. MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *Op. Cit.*, pp. 180-181. En este sentido, GARCÍA RUIZ, Y., “Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género”, *Fundación Alternativas*, Estudios de Progreso, n° 29, 2007, pp. 1-93 y SALINAS DE FRÍAS, A., “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en: TRUJILLO PÉREZ, A.J. y ORTEGA TEROL, J.M. (Coords.), *Inmigración y asilo: problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Sequitur, Madrid, 2010. pp. 93-129.

⁹⁵ Cfr. MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, pp. 182-183; *Idem.*, “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 17, 2008.

poner normas patriarcales de pureza y virginidad a los cuerpos de niñas y mujeres”⁹⁶.

A nivel jurisdiccional, el asunto *Kasinga* puso de manifiesto, por primera vez, que dicha práctica debía ser considerada un tipo de violencia por motivos de género que infligía un daño severo físico y mental en la mujer y que constituía o equivalía a una forma de persecución que no requiere la intención subjetiva de castigar o infligir un daño para que sea considerada como tal, que podía ser ejercida por agentes no estatales y tolerada o no reprimida por el Estado e imposibilitaba la alternativa de huida interna, dada su extensión y arraigo en tanto norma social en un país; quedando enmarcada dentro de la persecución por pertenencia a grupo social determinado⁹⁷. Además, en dicho asunto se valoró también la oposición ejercida por la víctima a dicha práctica como elemento que agravaba la situación

⁹⁶ Cfr. Parlamento Europeo, Propuesta de Resolución tras las declaraciones del Consejo y de la Comisión presentada de conformidad con el artículo 132, apartado 2, del Reglamento interno sobre una estrategia de la Unión *para poner fin a la mutilación genital femenina en el mundo* (2019/2988(RSP)), de 5 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0092_ES.html (fecha de último acceso, el 1 de octubre de 2020). Además, observa que dicha práctica “sigue siendo muy frecuente y qué en Asia occidental, entre 1997 y 2015, la tasa de MGF entre las niñas de 14 años o menos pasó del 16,9 % al 21,7 %; manifiesta su preocupación por el hecho de que en muchas partes de Indonesia y en toda Asia esta práctica nociva está tan arraigada que cuando una mujer da a luz a una niña en un hospital la MGF se ofrece automáticamente como servicio médico”. Algunos de los párrafos destacados de la Propuesta en este trabajo no llegaron a pasar el filtro de la votación final en el seno del Parlamento y fueron lamentablemente suprimidos. Cfr. Declaración final Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2020, sobre una estrategia de la Unión para poner fin a la mutilación genital femenina en el mundo (2019/2988(RSP)), 12 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0031_ES.html (fecha de último acceso, el 1 de octubre de 2020).

⁹⁷ En el asunto *Kasinga* se consideró que la solicitante era perseguida por su pertenencia a un determinado grupo social definido no solo por el sexo de la solicitante sino también por su etnia y oposición a dicha práctica (posicionamiento político), esto es, el de las mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu, a quienes no se les practica la mutilación genital femenina y se oponen a la misma. Véase, *Fauziya Kasinga*, United States Board of Immigration Appeals, 13 June 1996. Asimismo, véanse, *Abay v. Ashcrof*, United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 19 May 2004, *Abebe and another v. Gonzales*, United States Court Appeals for the Ninth Circuit, 30 December 2005 y *Barry v. Gonzales*, United States Courts of Appeals for the Fourth Circuit, 19 April 2006. Asimismo, para mayor abundamiento en esta cuestión, véase, desde el punto de vista doctrinal MUSALO, K., “A short history of Gender Asylum in the United States: Resistance and ambivalence may very slowly be inching towards recognition of women’s claims”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, n° 2, 2010, pp. 46-63.

de peligro a la que estaba expuesta; una cuestión que plantea no pocos problemas en torno a la valoración que pueda hacerse de la exigencia de este tipo de actos de oposición, a nuestro juicio particularmente peligroso, en la medida en que muchas mujeres en situación de vulnerabilidad ni pueden ni es deseable que lleven a cabo tales actos de oposición que supongan poner, más si cabe, en peligro su vida o la de sus hijas menores, o condenarlas al ostracismo social.

El TEDH se ha pronunciado también en diversas ocasiones sobre supuestos de mutilación genital femenina, como en los asuntos *Izebekhai c. Irlanda*, *Omeredo c. Austria* o *Sow c. Bélgica*, ratificando en todos ellos que dicha práctica es una manifestación de la violencia de género y admitiendo la interposición de medidas cautelares para paralizar las expulsiones, incluso en asuntos en los que finalmente no se admitieron los hechos por falta de pruebas sobre la realización de dichas prácticas.

En línea con lo establecido por dicho tribunal, la jurisprudencia española ha reconocido que la mutilación genital femenina es una práctica que pone en peligro la vida y la integridad física de las mujeres, siendo una forma de violencia sexual específicamente dirigida contra estas que puede encuadrarse en la persecución por pertenencia a grupo social determinado, aunque la Convención de 1951 guarde silencio en cuanto a la persecución por motivos de sexo o género⁹⁸.

El hecho de que la mutilación genital femenina haya sido considerada persecución y el reconocimiento de que la expulsión de una mujer a su país de origen supondría exponerla a un riesgo grave de ser víctima de dicha práctica constituye un reconocimiento de los derechos humanos de la mujer en este ámbito. Particularmente importante resulta que tal reconocimiento no se encuentre condicionado por la necesidad de probar la intención de castigar o causar daño del agente perseguidor, principalmente, en atención a que esta es practicada en muchas sociedades, como la somalí por ejemplo, en la consideración de que constituye una práctica o ritual beneficioso para las propias mujeres y niñas. Además, se ha considerado causa suficiente para solicitar protección internacional, tanto el hecho de que una mujer haya sido víctima de esta práctica en el pasado, ya que la misma se prolonga en el tiempo con el surgimiento posterior de

⁹⁸ Véanse, SSTS, de 13 de diciembre de 2002 y de 11 de mayo de 2009, y SAN, de 24 de octubre de 2006. La jurisprudencia española todavía no ha llegado a pronunciarse sobre casos en los que la víctima hubiera sido en el pasado sometida a dicha práctica o fuese coaccionada para someterse so pena de verse privada de derechos económicos, sociales y culturales.

consecuencias adversas para la salud de las mujeres, tales como, hemorragias, infecciones vaginales, dificultades durante el embarazo, infertilidad, enfermedades psicosomáticas o depresión severa y la privación de una vida sexual satisfactoria, como el hecho de que mujeres sean privadas mediante actos discriminatorios del goce de derechos económicos, sociales y culturales por parte del Estado por no haberse sometido a dicha práctica⁹⁹. En este mismo sentido se ha entendido el que, a pesar de haber vivido durante años fuera del país de origen, el nacimiento de una hija pueda dar lugar a una solicitud de protección internacional sobrevenida “sur place”, cuando los padres se oponen a practicar la mutilación genital femenina y temen ser perseguidos por este motivo.

3.2.2. Matrimonios forzados

En determinados países mujeres y niñas son obligadas a contraer matrimonio, o temen serlo, en contra de su voluntad. Estos matrimonios son previamente concertados por las propias familias con fines e intereses propios, principalmente económicos, o con objeto de alcanzar un determinado estatus social. Estos matrimonios sitúan a la mujer en una posición de subordinación respecto del patriarcado reinante en el seno familiar, ya que la mujer que se opone a esta realidad se convierte en víctima potencial o real de malos tratos físicos o psicológicos, de violencia sexual e, incluso, de asesinato. Tras la celebración del matrimonio, el hombre suele además gozar del privilegio de divorciarse o de repudiar a la mujer si lo desea, lo que en muchos países no le está permitido a la mujer, y sitúa al hombre en una clara posición de superioridad respecto a esta. Actualmente, países como India, Bangladesh, Nepal, Afganistán, Nigeria, Etiopía, R.D. Congo o Mali legitiman la celebración de este tipo de matrimonios.

También son una práctica frecuente los matrimonios precoces, donde ambos o uno solo de los contrayentes es menor de edad. Este tipo de uniones tiene usualmente como objetivo salvaguardar la virginidad de la mujer, liberar a la familia de la carga de alimentar a un miembro más y garantizar el futuro del grupo, asegurándose un largo ciclo de fecundidad. Como señala KAHALE CARRILLO “este tipo de matrimonio conduce al embarazo prematuro en la niñez-adolescencia que, a su vez, disminuye la esperanza

⁹⁹ Véase, ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, Sección de Políticas de Protección y de Asesoramiento Jurídico, División de Servicios de Protección Internacional, Ginebra, Mayo de 2009.

de vida de las niñas, afecta negativamente a su salud, nutrición, educación y oportunidades de empleo, y reduce su tasa de participación económica”¹⁰⁰.

En los casos de protección internacional basados en el matrimonio forzoso se debe tener en cuenta las tradiciones que existen en el país respecto de esta práctica, además, el grupo étnico o religioso al que pertenece la mujer y la tolerancia o ausencia de protección por parte del Estado al considerar este que se trata de un asunto privado que debe solventarse en el ámbito familiar. Si todavía no se ha celebrado el matrimonio, tanto en la articulación jurídica del caso como en la instrucción del expediente por parte de los responsables públicos, deben valorarse las posibles consecuencias y represalias que puedan derivarse de haber huido sin que el matrimonio llegara a celebrarse, así como la posibilidad de que, en caso de que la persona se viese obligada a regresar a su país, pudiera ser obligada a contraer matrimonio, lo que supondría una clara vulneración de sus derechos fundamentales y un ataque a su libertad. Si el matrimonio ya se ha celebrado, será importante, además de valorar las consecuencias que la celebración del mismo ha tenido para la mujer y sus derechos, analizar si en caso de tener que regresar a su país la mujer sería obligada a convivir nuevamente con su cónyuge, así como la legislación relativa al matrimonio y su aplicación práctica, especialmente, la relativa al divorcio, al régimen económico del matrimonio, a la custodia de los hijos y el acceso de las mujeres a la justicia. Y ello, porque puede darse el caso, como señalan desde CEAR, que “si bien un Estado ha promulgado leyes que regulan el matrimonio, tanto desde el punto de vista de la edad mínima como del consentimiento, estas no se cumplan o no sean aplicadas, continuándose en la práctica con la celebración de estos matrimonios, sin que ello suponga sanción alguna para quien las infrinja. Esta práctica de los Estados de permitir, o cuando menos, tolerar la celebración de este tipo de matrimonios debe entenderse como una clara falta de protección por parte de sus autoridades”¹⁰¹.

La jurisprudencia española es proclive a considerar estos actos como persecución de género, encuadrable dentro del motivo pertenencia a grupo social determinado de la Convención de 1951¹⁰². El Tribunal Supremo se refirió al matrimonio forzoso como una “manifestación de persecución dirigida contra las mujeres o el género femenino” y reconoce que la mujer

¹⁰⁰ Véase, KAHALE CARILLO, D.T., *El derecho de...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰¹ Cfr. CEAR, “*Exchange for change...*”, *op. cit.*, pp. 38-40.

¹⁰² Véanse, SSTAN, de 28 de febrero de 2006; de 23 de junio de 2006; de 3 de julio de 2006; de 15 de septiembre de 2006; de 15 de febrero de 2007 y de 15 de febrero de 2010.

es víctima de persecución social resultante del hostigamiento y las amenazas que se derivan del intento por forzar este tipo de matrimonios¹⁰³.

3.2.3. Violación

La Real Academia Española de la Lengua define la violación como “el delito consistente en violar, tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad”¹⁰⁴. Por su parte, La Ley Orgánica 10/1995, *del Código Penal*, define la violación en su Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Capítulo I, “De las agresiones sexuales”, concretamente en el artículo 179, como “la agresión sexual que consiste 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”¹⁰⁵.

La violencia sexual ejercida sobre las mujeres puede ser utilizada en determinados países como parte de un proceso político o como una estrategia de poder o de dominio del varón sobre la mujer. Dicha práctica ha sido utilizada en diferentes contextos como método interrogatorio tolerado y alentado por un gobierno¹⁰⁶, como parte en un proceso de limpieza étnica¹⁰⁷ o como práctica extendida en situaciones de conflicto armado¹⁰⁸,

¹⁰³ Véanse SSTs, de 31 de mayo de 2005; de 7 de julio de 2005; de 9 de septiembre de 2005; de 10 de noviembre de 2005; de 28 de febrero de 2006; de 23 de junio de 2006; de 6 de octubre de 2006; de 12 y 15 de febrero de 2007; de 31 de enero de 2008 y de 8 de julio de 2008. Asimismo, véanse, SSTs de 11 de mayo de 2009, de 15 de junio de 2011.

¹⁰⁴ *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española (RAE)*, “voz violación”. Disponible en la siguiente página web: <https://dle.rae.es/violar#GE8eroI> (fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

¹⁰⁵ *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

¹⁰⁶ A este respecto, véase, FERNÁNDEZ PAREDES, T., OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Ampliación de la querrela argentina con perspectiva de género: inclusión de los crímenes de violencia sexual y en base al género cometidos contra las mujeres y niñas”, en: *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Jara Cuadrado Bolaños (Ed.), Comares, 2019, pp. 1473-1495.

¹⁰⁷ A este respecto, véase, CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E., “La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados: un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para a exYugoslavia y Ruanda”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, 2011, pp.

¹⁰⁸ A este respecto, véanse, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los crímenes sexuales en los conflictos armados”, en: *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Esperanza Orihuela Calatayud (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 75-137; OJINAGA RUIZ, R., “El tratamiento jurídico-internacional de la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres civiles en periodo de conflicto armado”, en:

en el que el cuerpo de la mujer es usado como estrategia militar para humillar al oponente y aterrorizar a la comunidad entera o como persecución religiosa¹⁰⁹. En los supuestos en los que la mujer víctima de violación solicita protección internacional, hasta hace bien poco tiempo, los tribunales venían entendido esta como acto privado no encuadrable en ninguno de los motivos de persecución establecidos en la Convención de 1951¹¹⁰. Sin embargo, como apunta MIGUEL JUAN, si “se interpreta la violación como algo innato, independiente y biológico que busca la satisfacción y que el hombre no es capaz de controlar [...] es percibida como privada. [...] Sin embargo, si la entendemos como acto violento realizado con la finalidad de dañar, humillar y dominar y controlar a la víctima, de someterla al poder masculino, entonces la violación deja de ser algo personal y privado y pasa a ser persecución”¹¹¹, encuadrable dentro del marco de la Convención de Ginebra de 1951¹¹².

La jurisprudencia española ha reconocido que la violación puede constituir persecución al tratarse de una situación grave que puede prolongarse en el tiempo y puede ser ejercida tanto por agentes estatales como por particulares cuando el Estado apoya dicha práctica, la tolera o no puede controlar este tipo de violencia¹¹³.

3.2.4. Violencia de género

Tomando en consideración los artículos 1 y 2 de la *Declaración para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres* de 1993¹¹⁴ y la Recomendación 19 de la 11ª sesión del Comité CEDAW¹¹⁵, la “violencia basada en el género es la que se ejerce directamente contra una persona por su sexo o género” e “[i]ncluye actos por los que se puede infligir un daño o sufrimiento físico, mental o sexual, amenazas, coerción y privación de libertad”. La violencia de género es una forma de expresión de dominación, intimidación y un

Homenaje a Luís Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos, Universidad de Cantabria, 2003, pp. 1021-1050.

¹⁰⁹ Cfr. CRAWLEY, H., *Refugees and Gender...*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁰ A título de ejemplo, véase, *Sofía Campos Guardado v. Immigration and Naturalization Service*, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 9 March 1987.

¹¹¹ Véase, MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, p. 177.

¹¹² A título de ejemplo, véase, *Olimpia Lazo Majano v. Immigration and Naturalization Service*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 9 June 1987.

¹¹³ Véanse SSTs, de 9 de septiembre y de 31 de mayo de 2005.

¹¹⁴ Véase, Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

¹¹⁵ CEDAW, *La violencia contra la mujer*, Recomendación General nº 19, de 29 de enero de 1992.

atentando contra la libertad y la dignidad de las mujeres basada en relaciones de poder que dificultan el disfrute y el ejercicio de los derechos en igualdad. Este tipo de violencia está presente en todos los países, sin embargo, dependiendo de las regiones, determinados grupos de mujeres resultan particularmente vulnerables. Es este el caso de las mujeres inmersas en situaciones de conflicto armado, las que pertenecen a grupos minoritarios o indígenas, aquellas con diversidad funcional, o las niñas y las ancianas. Son diversos los factores que pueden dar lugar a este tipo de violencia, pero entre ellas encontramos, principalmente, la poca representación de la mujer en las esferas de poder público y político; la dependencia económica de la mujer respecto del varón que se deriva de la discriminación de la mujer en ámbitos tales como la educación, el acceso al empleo y la igualdad de oportunidades; la desigualdad jurídica a la que se enfrenta la mujer, ya sea por la existencia de una legislación discriminatoria o por la aplicación práctica de la misma; y la imposición de normas religiosas, tradiciones culturales y costumbres sociales que influyen directamente en los roles de género.

El problema en el caso de las solicitudes de protección internacional por violencia machista radica, principalmente, en el hecho de determinar el nexo causal entre la persecución sufrida por la víctima y los motivos de la Convención de 1951, al considerarse, durante largo tiempo, que la violencia se desarrolla en ámbitos privados y, por tanto, fuera del alcance del control del Estado. La jurisprudencia internacional no ha sabido interpretar ni asumir el papel que desempeñan los agentes no estatales (particulares) como motor de persecución en este tipo de solicitudes, ni tampoco la incapacidad del Estado para actuar contra tales situaciones de violencia y dar protección a las víctimas. Esta incapacidad ha favorecido la no asunción de que la relación entre ambos sexos constituye igualmente una relación social y no solo personal y, *por ende*, no puede ser relegada al ámbito privado¹¹⁶. Este posicionamiento ha fomentado la discriminación de las mujeres como grupo social determinado y ha legitimado la exclusión de la persecución por motivos de género como fundamento de la protección internacional¹¹⁷. En este sentido, los tribunales han sido más partidarios de conceder protección internacional cuando la violencia contra las

¹¹⁶ En este sentido, véanse, casos *Matter of Rodi Alvarado-Peña*, United States Board of Immigration Appeals, 20 september, 1999, *D-V*, United States Board of Immigration Appeals, 23 May 1993 y *Fauziya Kasinga*, United States Board of Immigration Appeals, 13 June 1996.

¹¹⁷ Véase, OXFORD, C.G., "Protectors and Victims in Gender Regimen of Asylum", *NWSA Journal*, vol. 13, n° 3, pp. 18-38.

mujeres ha sido atribuida a prácticas culturales y tradiciones de sociedades alejadas del paradigma de violencia occidental sostenida sobre la base de estereotipos raciales y de género¹¹⁸.

En la jurisprudencia española, sin embargo, se aprecia desde 2009 una tendencia a considerar la violencia de género como una cuestión pública que afecta al núcleo duro de los derechos humanos, considerando el sometimiento de la mujer a malos tratos físicos y psíquicos continuados a manos de su pareja como una grave persecución por motivos de género con base en su pertenencia a un grupo social determinado¹¹⁹, reconociendo que dicha violencia no es “adecuadamente evitada por las autoridades del país que no [dispensan] la oportuna protección”¹²⁰. En este sentido, se tiene en consideración la percepción existente en determinadas sociedades en relación con las mujeres, al ser estas consideradas inferiores a los hombres como colectivo y tratadas como una propiedad subordinada al poder y control del varón sin tener en cuenta su voluntad. Todo ello, sin olvidar las grandes dificultades que se dan en la práctica jurídica a la hora de cumplir con los requisitos exigidos para obtener una concesión a nivel probatorio, a los que nos referiremos más adelante en este trabajo. Para paliar esta realidad, a la hora de fundamentar una solicitud de protección internacional, así como a la hora de instruir el expediente por parte de los responsables públicos, debe tenerse en cuenta, además de la situación general del país de origen, la información relativa a la legislación de violencia de género y familia, sobre todo en lo relativo a la posibilidad de separación o divorcio y custodia de los hijos, lo que puede influir de manera decisiva en la posibilidad real de que la mujer opte por denunciar y pedir protección, o que el Estado le proporcione dicha protección.

3.2.5. Esterilización forzosa y abortos selectivos

La esterilización forzosa como motivo que fundamenta la solicitud de protección internacional se encuadra dentro del ámbito de las violaciones

¹¹⁸ Véanse, SINHA, A., “Domestic violence and US Asylum Law: Eliminating the “Cultural Hook” for claims involving Gender-Related Persecution”, *New York University Law Review*, vol. 76, pp. 1588 y DE LUCAS, J., “Sobre integración y multiculturalidad. Laberintos semánticos y voluntad política”, en: *La situación de los refugiados en España*. Informe 2008, Madrid.

¹¹⁹ En este sentido, véanse, STAN, de 13 de enero de 2009 y STS, de 15 de junio de 2011. Además, véase, MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, pp. 212-214.

¹²⁰ STS, de 15 de junio de 2011.

de los derechos reproductivos de las mujeres¹²¹. La fuerte presión de la que son víctimas las mujeres, siendo coaccionadas y forzadas para tener, tener determinada o no tener descendencia en algunos Estados se vincula directamente con su condición de colectivo nacional específico con capacidad reproductiva¹²².

Determinadas sociedades han recurrido a la esterilización forzosa buscando mejorar los rasgos hereditarios, piénsese por ejemplo en las políticas de esterilización forzosa desarrolladas en Perú en relación con los pueblos aborígenes o las desarrolladas en Europa del Este respecto de la población romaní, entre otras muchas¹²³. Por otro lado, las políticas de

¹²¹ El Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, recoge en su apartado 7.3, una definición de lo que debe interpretarse por derechos reproductivos: “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”, El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, p. 66. Esta definición fue ratificada por la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, *La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Reunida en Beijing* del 4 al 15 de septiembre de 1995.

¹²² El embarazo forzado se entiende como aquella práctica en la 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. En España, la existencia de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* reconoce en la misma esta práctica y protege a las mujeres que se acogen a ella. Por tanto, España en principio se mostraría abierta al reconocimiento de la protección internacional cuando se vulneran los derechos de la mujer en este ámbito. Véase, KAHALE CARILLO, D.T., *El derecho de... , op. cit.*, p. 65.

¹²³ A este respecto, véanse, entre otros, SUBCOMISION INVESTIGADORA DE PERSONAS E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS EN LAS ACCIONES DE ANTICONCEPCION QUIRURGICA VOLUNTARIA, Informe final sobre la aplicación de la anticoncepción quirúrgica voluntaria (AQV) en los años 1990-2000, Junio de 2002 (Disponible en: http://www.trdd.org/PERU_Informe_Final_AQV.pdf); MANTILLA FALCÓN, J., “El caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los derechos humanos”, *Ius et Veritas*, n° 23, 2001, pp. 10-20; MOLINA SERRA, A., *Esterilizaciones en Perú: control reproductivo desde el poder y las familias indígenas*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018 (Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/666848#page=1>); OFICINA DEL COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS, “Esterilización forzada de mujeres en la República Eslovaca”, *O Tchatchipen: lil ada trin tchona rodipen romani / Revista Trimestral de Investigación Gitana*, n° 60,

control de la natalidad dirigidas a reducir o aumentar el número de nacimientos atentan claramente contra el derecho de las mujeres a adoptar decisiones relativas a su reproducción. Por un lado, puede verse a la mujer como el instrumento seguro para lograr aumentar la población y garantizar la continuidad de una nación, forzándola a procrear, limitando su acceso a la contracepción o prohibiendo el aborto. Por otro lado, algunos países adoptan políticas reductoras de la tasa de natalidad con el objetivo de evitar una debacle económica consecuencia del crecimiento demográfico mediante incentivos económicos o gozando de privilegios especiales.

En aquellos casos en los que se utilizan las esterilizaciones forzosas o los abortos selectivos como arma de guerra, limpieza étnica o control de la natalidad con el objeto de destruir al grupo o humillar a las mujeres y a los hombres (quienes se ven incapaces de proteger a las mujeres) se violan los derechos reproductivos, existe una grave discriminación por razón de sexo y, *por ende*, cabe considerar dichos actos como persecución si los mismos son implementados por medios coactivos o si el castigo o la sanción por incumplir dicha ley son desproporcionados y severos. En este sentido, el ACNUR ha considerado que tales prácticas constituyen “formas de abuso y se consideran persecutorias, a pesar de que puedan estar siendo realizadas en el contexto de una ley legítima”¹²⁴.

Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido que situar a la mujer ante la necesidad de enfrentarse al sometimiento o la amenaza de sufrir tales prácticas puede fundamentar la protección internacional por motivos políticos, en la medida en que las consecuencias de tal posicionamiento pueden constituir una persecución también de carácter político¹²⁵. Además, se ha considerado que la persecución basada en este tipo de actos puede ser presente y futura, el daño puede prolongarse en el tiempo y tener consecuencias adversas a lo largo de toda la vida de las solicitantes de protección internacional¹²⁶.

2007, pp. 4-10; ROMAN, S., “Esterilizadas por ser gitanas”, *O Tchatchipen: lil ada trin ichona rodipen romani / Revista Trimestral de Investigación Gitana*, n° 51, 2005, pp. 4-8; DE ZAN, M., “La esterilización forzada de las mujeres romaníes: un crimen eugenésico silenciado”, 2016 (Disponible en: <https://fagic.blogspot.com/2016/11/la-esterilizacion-forzada-de-las.html>).

¹²⁴ Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, pág. 13.

¹²⁵ Cfr. MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, pp. 214-217.

¹²⁶ En el asunto *Guo Chun Di*, una pareja china obtuvo el reconocimiento del estatuto de refugiados por motivos políticos de protección al alegar que en caso de devolución al país nipón su posicionamiento en contra de la política china de un solo hijo/a les

3.2.6. Orientación afectivo-sexual e identidad y expresión de género

El colectivo LGTBI+ es víctima usual de persecución por su orientación afectivo-sexual y su identidad o expresión de género en una gran parte de las sociedades del mundo, siendo víctimas de detenciones arbitrarias, tratamientos psiquiátricos forzosos, torturas, tratos inhumanos y degradantes, violaciones, desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales y asesinatos¹²⁷. A día de hoy, todavía, alrededor de 70 Estados Miembros de las Naciones Unidas (el 35% del total de Estados que la componen) penalizan de una u otra manera los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo, llegando, en los casos más dramáticos como Irán, Arabia Saudita, Yemen, Nigeria, Sudán, Somalia Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Mauritania y Pakistán, incluso a imponer la pena de muerte¹²⁸.

Dicho colectivo es víctima de actos de discriminación y violencia por parte de sus autoridades, de sus comunidades o, incluso, de sus propias familias, por el mero hecho de ser quienes son o por la forma cómo se las percibe, principalmente, como consecuencia de la existencia de leyes que, bien de forma directa, al prohibir las relaciones entre personas del mismo sexo, bien de forma indirecta, al considerarlas contrarias a la moral pública, penalizan estas conductas¹²⁹. En estos casos puede entenderse, sin lugar a dudas, que existe persecución cuando dichas leyes imponen castigos severos que no se ajustan a las normas internacionales de derechos humanos, como son la pena de muerte o la flagelación, pero también cuando sufren medidas y actitudes que impiden el acceso de este colectivo al empleo, la vivienda, la educación, la sanidad, los servicios sociales básicos o a la protección del Estado¹³⁰.

condenaría a ser víctimas de esterilización forzosa. Véase, *Guo Chun Di v. Carroll*, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 14, 1994.

¹²⁷ Cfr. DIAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, núm. 89, 2014, pp. 345-388.

¹²⁸ Véase, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), L. R. Mendos, *Homofobia de Estado 2019*, Ginebra, marzo de 2019.

¹²⁹ Para mayor abundamiento, véanse, *Directrices sobre Protección Internacional n° 9: solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, de 23 de octubre de 2013, HCR/IP/12/09 y los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 26 de marzo de 2007.

¹³⁰ Cfr. BERTOMEU NAVARRO, A., *Realidad jurídico-social de las personas LGTBI+ solicitantes y beneficiarias de protección internacional en la CAPV*, Gehitu – Asociación de gays,

Durante largo tiempo los tribunales han venido defendiendo en sus pronunciamientos aspectos tan cuestionables como la *alternativa de huida interna*, esto es, recurrir al desplazamiento interno a una “zona segura” del país, o *al criterio de discreción*, que aboga por el ocultamiento de la orientación afectivo-sexual o la identidad y expresión de género de las personas en su vida cotidiana y que atenta contra su derecho al libre desarrollo de la personalidad. A su vez, ha sido frecuente que estos tribunales pongan obstáculos a la hora de reconocer que tales amenazas alcanzan el estándar de riesgo suficiente para calificarlo como persecución, por considerar el relato de los hechos confuso, incoherente y poco creíble¹³¹. A estos efectos, la cuestión probatoria constituye uno de los mayores obstáculos a la hora de lograr el reconocimiento de la protección en este ámbito, abocando a las víctimas a recurrir a medios probatorios que resultan, cuanto menos, cuestionables. Y ello, pese a que el TJUE, en el asunto *Minister voor Immigratie en Asiel c. X., Y. and Z.*, ya dejó claro que “el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella”¹³². Por lo tanto, los tribunales han reconocido que dicha persecución debe encuadrarse en el motivo de pertenencia a grupo social determinado al considerar que la orientación afectivo-sexual y la identidad o expresión de género son una característica inmutable y fundamental de la identidad humana respecto a la que ningún Estado ni particular puede exigir renunciar u obligar a ocultarla¹³³.

lesbianas, transexuales y bisexuales del País Vasco, 2019, Donostia-San Sebastián, pp. 23 y ss.

¹³¹ En este sentido, véanse, SSTEDH, de 10 de julio de 2012, asunto *A.S.B. c. Países Bajos*; de 27 de junio de 2013, asunto *M.K.N. c. Suecia*, de 26 de junio de 2014, asunto *M.E. c. Suecia*, de 15 de octubre de 2015, asunto *A.E. c. Finlandia*, (Decisión de admisibilidad), de 25 de abril de 2017, asunto *A.T. c. Suecia*, (Decisión de admisibilidad), de 16 de abril de 2016, asunto *A.N. c. Francia*, (Decisión de admisibilidad) y de 13 de diciembre de 2016, asunto *M.B. c. España*.

¹³² STJUE, de 7 de noviembre de 2013, asunto *Minister voor Immigratie en Asiel c. X., Y. and Z.*, párrafo. 70.

¹³³ Asimismo, véanse, entre otras, SSTS, de 30 de noviembre de 2005, de 7 de noviembre de 2008, de 9 de octubre de 2009 y de 21 septiembre 2012. Desde el punto de vista doctrinal, véase, DIAZ LAFUENTE, J., “Estudio de la doctrina jurisprudencial española sobre la protección internacional por motivos de orientación sexual e identidad de género”, en: REIG FABADO, I. (Coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 69-92.

En relación con este colectivo en particular, se constata que las solicitudes de protección internacional instadas por mujeres LGTBI+ son considerablemente menores en número que la de los hombres de mismo colectivo, lo que nuevamente refleja su invisibilidad. La práctica muestra que esta situación viene motivada por la insuficiencia de recursos económicos y la menor independencia de la mujer para poder abandonar el núcleo familiar y huir a un país extranjero que le brinde protección. Además, la mayoría de actos violentos de los que las mujeres lesbianas y trans son víctimas suceden en el ámbito privado o comunitario, lo que dificulta su prueba frente a otro tipo de persecuciones como la sufrida por los hombres gays que, más comúnmente, obedecen al perfil de activistas políticos perseguidos por agentes estatales en el ámbito público. En esta línea, el reconocimiento del estatuto de persona refugiada LGTBI+ en España, en su mayoría, corresponde a mujeres con un alto perfil público y político, involucradas en la defensa de los derechos de este colectivo, y provenientes de países donde se imponen severas condenas a prisión, en algunos casos la cadena perpetua, o penas de muerte.

En estos casos el acopio de material probatorio que justifique la persecución es más fácil que en casos en los que la persona oculta su orientación afectivo-sexual e identidad de género o en casos de personas refugiadas *sur place*, que manifiestan su condición de parte del colectivo después de su llegada al país de acogida y que tendrían que demostrar un temor fundado de persecución futura para ser protegidas. En estos casos, la práctica de las autoridades españolas ha sido considerar el clima general de homofobia en el país a la hora de valorar la persecución, como es el caso de Afganistán, siendo lo usual en tales casos el reconocimiento de la protección subsidiaria.

3.2.7. Trata de personas con fines de explotación sexual

La trata de seres humanos consiste esencialmente en arrancar a una persona de su entorno, del lugar al que pertenece, desvinculándola de sus raíces, –personales, familiares, culturales, idiomáticas o religiosas–, empleando un modo violento, coercitivo, engañoso o abusivo, para trasladarla a otro lugar, donde se aprovecha la vulnerabilidad provocada por las circunstancias descritas, para explotarla con diferentes finalidades, en términos de esclavitud. Desde una perspectiva jurídica supone una grave violación de los derechos humanos, en particular, del derecho a la libertad y seguridad de la persona y del derecho a no ser sometido a esclavitud ni a tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, la esclavitud

vidud, la prostitución forzosa y la violación de la que son víctimas las personas sometidas a trata pueden constituir un crimen contra la humanidad y un crimen de guerra en casos de conflicto bélico en virtud del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹³⁴.

Las causas que la originan pueden ser resultado de múltiples factores combinados entre sí como situaciones de guerra o graves conflictos, la feminización de la pobreza, unas leyes de inmigración cada vez más restrictivas que dificultan el acceso a los países de destino por vías legales, la oferta y la demanda de determinados servicios de índole sexual o una legislación penal inadecuada para quienes “comercian” o “trafican” con seres humanos¹³⁵. En el ámbito internacional, los esfuerzos para combatir la lacra de la trata de personas han estado centrados en la adopción de varios instrumentos en los que se da mayor importancia a su carácter criminal, a la persecución del delincuente o a la desarticulación de las mafias que a primar la defensa de los derechos humanos de las víctimas¹³⁶. En este sentido, cabe destacar la firma, en el año 2000, de la Convención de Naciones Unidas *contra el Crimen Transnacional Organizado*, al que acompañan una serie de Protocolos, entre ellos, el *Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños* o Protocolo de Palermo¹³⁷.

Centrándonos en el ámbito de la protección internacional, las *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto*

¹³⁴ Véanse, arts. 7 y 8 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1997.

¹³⁵ En este sentido, véanse, LLAIN ARENILLA, S. y GUZMÁN SUÁREZ, S.P., “La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Colombia, n° 42, 2014, pp. 285-311; SUTIL RUIZ, C., “La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 320-344 y TORRES DÍAZ, M.C., “El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género”, *Migración y Derechos, Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 209, 2019, pp. 113-163.

¹³⁶ Véase, entre otros, el *Convenio del Consejo de Europa sobre Acciones contra la Trata de Seres Humanos*, de 16 de junio de 2005.

¹³⁷ Este Protocolo recoge, en su art. 3, la siguiente definición de trata: “Por “trata de personas” se entenderá 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”.

del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 reconocen que:

“[a]lgunos menores o mujeres víctimas de la trata de personas podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención de 1951. El reclutamiento o captación forzosa o mediante engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. Puede ser considerada como una forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante. También, puede imponer serias restricciones a la libertad de circulación de una mujer, debido al secuestro, encarcelamiento o confiscación de pasaportes y otros documentos de identificación. Además, las mujeres y las menores víctimas de la trata de personas pueden sufrir serias repercusiones después de la huida y/o una vez retornados, tales como, represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad real de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o discriminación severa. En casos individualizados ser objeto de la trata de personas para prostitución forzosa o explotación sexual podría por lo tanto, ser el fundamento para la solicitud de condición de refugiado cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección contra tales perjuicios o amenazas”¹³⁸.

Estas Directrices establecen, a su vez, que a) “[e]n la experiencia de la trata se encuentran inherentes formas de explotación severa, tales como el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la extracción de órganos, golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. Estos actos constituyen graves violaciones a los derechos humanos, los cuales por lo general equivaldrán a persecución”¹³⁹; b) “incluiría situaciones en las que la persecución que sufrió la persona durante la experiencia de la trata, incluso si sucedió en el pasado, fue particularmente atroz y la persona continúa experimentando efectos psicológicos traumáticos que harían que el regreso a su país de origen sea intolerable”¹⁴⁰; c) enfrentar las represalias de las mafias, el peligro de volver a ser sometida a trata o “enfrentar el ostracismo, la discriminación o el castigo por parte de la familia o la comunidad local

¹³⁸ Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional...*, *op. cit.*, párrafo 18.

¹³⁹ *Cfr. Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, párrafo 15.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, párrafo 16.

o, en algunos casos, por las propias autoridades, en caso de regresar”¹⁴¹, por último, d) que la persecución pueda llevarse a cabo por agentes no estatales, estos es, “tratantes o redes criminales, miembros de la familia o la comunidad en general. En estas circunstancias, también es necesario examinar si las autoridades del país de origen tienen la voluntad y la capacidad de proteger a la víctima o la víctima potencial a su regreso”¹⁴².

Uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan las víctimas de trata a la hora de fundamentar sus solicitudes de protección internacional deriva, precisamente, de considerar la trata una conducta criminal y no una persecución. A esta interpretación ha contribuido el propio ACNUR al considerar la trata como “una actividad comercial cuya motivación principal probablemente es el interés de obtener ganancias económicas y no la persecución por uno de los motivos de la Convención”. Sin embargo, también ha señalado que “[a]unque la motivación económica sea predominante, esto no excluye la posibilidad de que exista un motivo relacionado con la Convención para seleccionar a las víctimas de trata”¹⁴³. En este sentido, en las *Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, sin dejar de lado el matiz criminal, reconoce que “la evolución del derecho internacional al criminalizar la trata de personas puede ayudar a las personas responsables de tomar las decisiones a determinar la naturaleza persecutoria de los diversos actos vinculados a la trata. Las solicitudes de asilo presentadas por las víctimas de trata, o las víctimas potenciales, deberán ser examinadas en detalle para establecer si el daño temido como consecuencia de la experiencia vinculada a la trata, o como consecuencia de la expectativa de que ésta ocurra en el futuro, equivalen a persecución en el caso particular”¹⁴⁴.

Si bien los tribunales han ido modificando su interpretación con el transcurso del tiempo, llegando a considerar que las características compartidas por las personas que integran un determinado grupo social (ser mujer, joven, en situación de pobreza y exclusión social) son factores determinantes

¹⁴¹ *Ibidem.*, párrafos 16-17.

¹⁴² *Ibidem.*, párrafo 21.

¹⁴³ Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, párrafo 31.

¹⁴⁴ *Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas...*, *op. cit.*, párrafo 15.

para caer en manos de redes de trata y, *por ende*, constituir persecución¹⁴⁵, el CEDH no recoge en su articulado una definición de trata, por lo que, a la hora de abordar este tipo de casos, el TEDH se ha apoyado en el artículo 4 CEDH que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. Los pronunciamientos del TEDH en esta materia han ido orientados a evaluar si en el país de origen había un marco normativo adecuado de protección e investigación del delito de trata y el papel de las políticas migratorias, en tanto instrumento de promoción y no de represión¹⁴⁶. Así, por ejemplo, en el asunto *L.E. c. Grecia*, el Tribunal reconoce que la demandante es una víctima de trata, pero manifiesta que Grecia tiene un marco normativo de protección contra la trata¹⁴⁷. El Tribunal da amplio margen a los Estados para diseñar y aplicar el estándar de protección en estos casos¹⁴⁸.

En el marco de la jurisprudencia española los pronunciamientos son escasos ya que en la mayoría de situaciones a la víctima se le aplica el estatuto de testigo protegido y se le otorga un permiso de residencia por circunstancias excepcionales¹⁴⁹. Se mantiene la doctrina establecida por el TEDH de considerar la trata con fines de explotación sexual como una forma de esclavitud y, en este sentido, se reconoce por los tribunales que “la explotación sexual [...] constituye, más que una persecución, una situación de esclavitud o semiesclavitud que atenta contra los más elementales derechos humanos, dignidad, libertad, integridad corporal, libertad de circulación, etc”¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Véanse, *Rreshpja v. Gonzales*, Attorney General, 22 July 2005 y *Cebe v. Holder*, Seventh Circuit, 9 August 2013.

¹⁴⁶ SSTED, de 26 de julio de 2005; asunto *Siliadin c. Francia* y de 7 de enero de 2010, asunto *Rantsev c. Chipre y Hungría*.

¹⁴⁷ STEDH, de 21 de enero de 2016, asunto *L.E. c. Grecia*

¹⁴⁸ STEDH (Gran Sala), de 3 de julio de 2020, asunto *S.M. c. Croacia*. Asimismo, véase, TRUJILLO DEL ARCO, A., “El asunto *S.M. c. Croacia*: del nuevo abolicionismo de la prostitución en el CEDH y del desastre interpretativo del TEDH”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 51, 2020.

¹⁴⁹ Véase, *Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias*, Portal de Inmigración del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. <http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/Ciudadanosocomunitarios/hoja039/index.html> (Fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

¹⁵⁰ SSTAN, de 2 de marzo de 2001, de 26 de octubre de 2005 y de 31 de mayo de 2012. Se ha conocido a través de la prensa escrita que, en 2013, hubo un reconocimiento de protección internacional por trata en vía administrativa, sin embargo, no se dispone del texto ya que las resoluciones emitidas por el Ministerio de Interior no son públicas. Cfr. Abogacía Española. Consejo General, *España concede el asilo por primera vez a una víctima de trata, España concede el asilo por primera vez a una víctima de trata*, de 2 de

Los obstáculos para que tanto la vía administrativa como los tribunales reconozcan que de la de trata se deriva una situación de persecución que permite fundamentar una solicitud de protección internacional son variados: por un lado, la dificultad para probar que las mafias tienen su centro de operaciones en el país de origen o de residencia, donde la víctima ha sido captada, y probar el elemento transfronterizo; por otro, el problema del vacío probatorio derivado de que la explotación se desarrolla en locales clandestinos donde se incauta la documentación y se le otorga una identidad falsa a las mujeres; a su vez, el temor a las consecuencias de solicitar protección (desaparición, asesinato o peligros sobre su propia familia) a unas autoridades del país que podrían tener algún tipo de connivencia juega un papel importante; como también sucede al enfrentarse a procesos de expulsión acelerados cuando llegan a los países de acogida, donde la Policía no interroga a la víctima sobre la situación que le ha llevado a migrar, contraviniendo claramente el principio de no devolución y vetando la posibilidad de ejercer su derecho a solicitar protección internacional por trata; y, por último, el error de considerar solamente los hechos de país de origen a la hora de instruir el expediente de protección internacional, dejando de lado la posibilidad de sufrir un daño futuro si la víctima/solicitante regresa al país.

3.2.8. Otras manifestaciones

a) Transgresión de valores, normas o costumbres

En determinados países las mujeres y las niñas son sometidas a un trato discriminatorio por transgredir normas sociales que les han sido impuestas por ley o mediante normas culturales o religiosas que se niegan a obedecer ya que vulneran su libertad, sus derechos y restringen sus oportunidades. Las mujeres son obligadas a respetar normas de vestuario, no se les permite el acceso a la educación, no les está permitido ejercer determinadas profesiones o directamente se les niega el goce de determinados derechos. En estos casos la dureza del castigo por incumplir estos códigos impuestos llega a ser desproporcionada, llegando a violar sus derechos más fundamentales¹⁵¹. En el caso de este tipo de solicitudes de protección internacional, los tribunales sostienen que, para ser reconocida como refugiada, se debe

octubre de 2013. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/espana-concede-el-asilo-por-primera-vez-a-una-victima-de-trata/> (fecha de último acceso, 25 de junio de 2020).

¹⁵¹ Véase, KAHALE CARILLO, D.T., *El derecho de...*, *op. cit.*, p. 57.

demostrar que se ha llevado efectivamente a cabo la transgresión de normas y costumbres o que se tiene la intención y que la persona está expuesta a sufrir las consecuencias de su incumplimiento en el país, se debe demostrar que la práctica de sus creencias es lo suficientemente profunda como para considerar que el cumplimiento de dichas normas y costumbres impuestas las laminaría de tal manera que ello se traduciría en persecución. Por tanto, en la práctica, se requiere una expresión de intensa y ferviente oposición a dichas normas y costumbres e, incluso, una manifestación pública de las mismas¹⁵².

b) Crímenes de honor

Esta práctica, extendida particularmente en Oriente Medio y en el sur de Asia –Pakistán, India, Bangladesh, Afganistán, Irán, Irak, Siria, Kuwait, Marruecos, Egipto, Somalia, Palestina y Sudán, entre otros –, legitima a los varones de la familia a castigar severamente o incluso acabar con la vida de las mujeres que han traído el deshonor y la vergüenza a la familia. Las mujeres pueden ser sometidas a un grave trato discriminatorio, condenadas al ostracismo social al ser repudiadas por la familia, tratadas violentamente y pueden incluso llegar a pagar con la muerte, mediante lapidación pública o envenenamiento, la osadía de elegir libremente a la persona con la que quieren contraer matrimonio, dejando de lado la pareja impuesta por la familia, de tomar la decisión de divorciarse o de mantener relaciones sexuales extramatrimoniales. El mismo final puede llegar a tener incluso el ser víctimas de una violación, hecho que pone en cuestión el honor de la familia al considerarse la virginidad un requisito para contraer matrimonio.

Como puede observarse de los ejemplos que anteceden, el concepto de honor se encuentra fuertemente ligado al comportamiento sexual de la mujer, que es percibido como inmoral. Nos encontramos ante unas creencias difíciles de erradicar, en la medida en que se encuentran estrechamente vinculadas a elementos culturales y creencias religiosas. Además, tal percepción es ajena al hecho de que la mujer haya cometido el acto

¹⁵² En este sentido son relevantes las sentencias emitidas por los tribunales estadounidenses en este supuesto, *Parastoo Fatin v. Immigration and Naturalization Service*. N° 92-3346, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 21 May 1993; *Saïdeh Fisher, a.k.a Saïdeh Hassib-Tehrani, Kian Hosseini Lavasani v. Immigration and Naturalization Service*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 2 April 1996 y *Nazani Yadegar-Sargis v. Immigration and Naturalization Service*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 22 July 2002.

involuntariamente o de que la supuesta infracción ni siquiera llegue a ser real. Esta práctica tiene su fundamento en la percepción de la mujer como una propiedad del varón, sin voluntad de decisión, así como la expresión del honor de la familia en términos de sumisión. La mujer debe mantener su virginidad y castidad, así como ser fiel a las normas, las creencias religiosas y las costumbres sociales, respetando un determinado comportamiento impuesto¹⁵³.

En estos casos es relevante analizar la información relativa a la legislación aplicable en el país y al sistema procesal y judicial, lo que influye de manera decisiva en la posibilidad real de que la mujer opte por denunciar y pida protección. Con frecuencia estos delitos quedan impunes, puesto que, en la mayoría de los Estados en los que se producen, apenas encuentran respuesta por parte de las autoridades, que ni investigan los casos ni castigan a sus autores o, en caso de que lo hagan, las sentencias impuestas suelen ser de una entidad menor, al entenderse como atenuante el hecho de que el delito se haya cometido por honor¹⁵⁴.

c) 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 deberá ser devuelto una vez disuelto aquél”¹⁵⁵. En algunos países, como la India, las mujeres llegan a ser asesinadas cuando el esposo o su familia consideran que la dote es inadecuada, mientras que en otros, como Guinea Ecuatorial, las mujeres que quedan viudas y su descendencia pasan a ser propiedad de la familia del marido y son obligadas a contraer matrimonio forzoso. En casos donde la mujer huye de esa sumisión es usual que ella y su familia queden obligadas a devolver la totalidad de la dote. Este hecho constituye una vulneración de los derechos más fundamentales de la mujer, que puede traducirse en una situación real de persecución susceptible de ser protegida por un tercer Estado.

¹⁵³ Cfr. MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁵⁴ Cfr. CEAR, ““Exchange for change...””, *op. cit.* pp. 31-32.

¹⁵⁵ *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española* (RAE), voz “dote”. Disponible en la siguiente página web: <https://dle.rae.es/dote?m=form> (fecha de último acceso, el 25 de junio de 2020).

4. RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE PERSONA REFUGIADA POR MOTIVOS DE GÉNERO: REQUISITOS ESPECÍFICOS

Los requisitos específicos que deben concurrir para que una persona pueda acceder al reconocimiento de la condición de refugiada pueden inferirse del propio tenor literal del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951¹⁵⁶. Con carácter general, es necesario que la persona manifieste sufrir un *temor fundado de persecución*, que dicha persecución sea ejercida por *agentes estatales* o, en su defecto, por *agentes no estatales* (particulares) cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección y que, en todo caso, frente a esa situación, exista una *ausencia total de protección estatal* y un auténtico *riesgo*. Además, se deberá analizar la posibilidad de la *alternativa de huida interna* y el *nexo causal*, esto es, demostrar que la existencia de un *temor fundado de persecución* trae causa en uno o varios motivos establecidos en la Convención¹⁵⁷. Por tanto, a la hora de examinar una solicitud de protección internacional por motivos de género, cada uno de los elementos señalados debe ser interpretado tomando como referencia la experiencia particular de persecución de la mujer solicitante y desde una perspectiva sensible al género¹⁵⁸. Así, concurriendo dichos elementos

¹⁵⁶ “[...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

¹⁵⁷ Al hacerse la valoración de una solicitud de protección internacional, sobre todo cuando la persona alega un temor a ser perseguida por motivos de género, en la práctica son tres los elementos que a nivel probatorio presentan mayor dificultad: probar que la persecución es ejercida por agentes no estatales, la tolerancia o la incapacidad de adoptar medidas eficaces contra la persecución por parte de los agentes de protección y posibilidad de huida interna o de reubicación hacia otra zona de segura del país.

¹⁵⁸ En este sentido, para HATHAWAY son cinco los elementos que conformarían la definición de persona refugiada dado por dicha Convención: 1) la necesaria condición de persona extranjero o apátrida; 2) la existencia de un auténtico riesgo; 3) la concurrencia de un temor fundado; 4) el sufrir un daño importante debido a la ausencia de protección estatal y 5) que dicho temor fundado de sufrir un daño importante tenga un nexo con la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas. Véanse, HATHAWAY, J.C. y FOSTER M., *The Law of Refugee Status*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 29-229. Asimismo, véase, RUBIO CORREA, P., “El concepto de refugiado en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951: Tratamiento normativo y realidad”, *Agenda internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, vol. 6, n° 12, pp. 137-148.

configuradores, la persona tendría “derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, tal y como establece, entre otros textos jurídicos, el artículo 14.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948¹⁵⁹.

Analicemos de forma más detenida cada uno de estos elementos.

4.1. *Temor fundado de persecución*

El temor fundado de persecución es uno de los elementos determinantes a la hora de valorar si una persona reúne los requisitos para ser reconocida como refugiada. De hecho, el propio temor es el que desencadena que la persona decida abandonar su país de origen o de residencia, o no quiera regresar al mismo, y busque protección en un tercer Estado de acogida. Este temor deber ser considerado fundado y para ello es necesario evaluar si ciertamente este se encuentra sustentado en una situación de persecución, para lo que la doctrina distingue entre un elemento subjetivo y un elemento objetivo.

El elemento subjetivo requiere un análisis y una apreciación de las circunstancias particulares de la persona que, en cada caso concreto, se realiza a partir de la declaración de la persona solicitante, formalizada en una entrevista de protección internacional ante el organismo competente en cada Estado de acogida¹⁶⁰, que sirve como punto de partida para evaluar el grado de credibilidad de la solicitud ante una determinada situación de persecución de la que haya sido víctima o exista un riesgo razonable de que lo sea¹⁶¹.

¹⁵⁹ El fundamento de la institución del asilo radica en la soberanía territorial del Estado, una soberanía plena, exclusiva e inviolable que conlleva no sólo la admisión de extranjeros en su territorio sino también la protección de éstos durante su permanencia en él. Así, la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Colombia c. Perú*, de 20 de noviembre de 1950, también conocido como asunto “Haya de la Torre”, estableció que cuando un Estado otorga el asilo no es sino una manifestación del “ejercicio normal de la soberanía territorial”, ICJ Reports 1950, p. 274.

¹⁶⁰ En el caso de España, ante la Oficina de Asilo y Refugio o en las Comisarías de Policía Nacional radicadas en cada provincia.

¹⁶¹ En este sentido, el ACNUR establece que “[l]a evaluación del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas”. Asimismo, añade que “[s]erá necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo

Tomando en consideración la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo español en la materia, para que los hechos de persecución que relata la persona solicitante tengan carácter de persecución es preciso que los mismos se encuentren revestidos de una entidad o trascendencia significativa¹⁶². Así, la propia percepción subjetiva de temor no es elemento suficiente para determinar la existencia de un temor fundado de persecución y requiere de un contrapeso objetivo que permita explicar la existencia de dicho temor. En este sentido, el elemento objetivo parte de la consideración de la existencia de una posibilidad razonable de persecución y, para ello, se precisa que los organismos encargados de examinar las solicitudes de protección internacional en cada Estado (en el caso español, la Oficina de Asilo y Refugio – en adelante, OAR) realicen un estudio exhaustivo de la situación imperante en el país de origen de la persona solicitante. Así, queda a discreción del Estado la exigencia de elementos objetivos de aquello que puede constituir indicios suficientes para evaluar el grado de credibilidad y verosimilitud del elemento subjetivo, debiendo ser esta necesariamente puesta en relación con la situación imperante en el país de origen¹⁶³. A tal efecto, el ACNUR ha concluido que tales temores “pueden considerarse fundados si puede demostrarse, en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él”¹⁶⁴.

Es preciso destacar que el elemento subjetivo adquiere una relevancia especial cuando nos encontramos ante solicitudes de protección internacional por motivos de género, dado que la situación de desigualdad de la que son víctimas las mujeres en numerosos Estados, tanto en el plano jurídico (igualdad ante la ley, acceso a la justicia, protección, etc.) como

predominante de su solicitud es el temor”. Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, párrafos 40-41, p. 19.

¹⁶² En este sentido, véanse, SSTS, de 25 de noviembre de 2005 y de 10 de febrero de 2006.

¹⁶³ Para el reconocimiento de la protección internacional es necesario que del relato de la persona solicitante se deriven “meros indicios” de la persecución que alega sufrir no siendo exigible su “acreditación mediante prueba plena o absoluta” los hechos alegados por el solicitante en su relato. En este sentido, véanse, SSTS de 19 de junio y de 17 de septiembre de 2003.

¹⁶⁴ El propio ACNUR insiste en que “las declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto de la situación pertinente. El conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, aunque no sea un objetivo primordial, es un elemento importante para evaluar el grado de credibilidad de esa persona”. Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 42, pp. 19-20. Asimismo, véanse, SSTS de 23 de junio de 2006 y de 31 de enero de 2007.

en el plano social, las coloca en unas condiciones de mayor vulnerabilidad. Particularmente, esta vulnerabilidad se manifiesta con mayor relevancia en aquellos casos en los que el fundamento de la solicitud de protección internacional son situaciones de violencia de género sufridas por una mujer a manos de sus parejas o familiares, esto es, en un entorno privado o familiar.

Como se ha apuntado, para que el temor sea considerado fundado basta con que exista un riesgo razonable de sufrir persecución, lo cual resulta especialmente difícil de trasladar al plano de los supuestos de violencia de género, pues con una simple amenaza de sufrir dicha violencia no bastaría para considerar fundado dicho temor. La práctica de la OAR refleja que, a la hora de instruir expedientes de protección internacional por violencia de género, se tiene en consideración un gran abanico de factores que hacen las veces de material probatorio pero que, usualmente y en circunstancias tan particulares como en las que tal tipo de violencia se da, resultan especialmente difíciles de obtener, tales como pruebas de amenazas verbales, agresiones físicas o psíquicas contra la mujer o sus hijos e hijas, informes médicos, peritajes psicológicos, denuncias interpuestas por violencia de género; diligencias de tramitación de medidas cautelares de protección por parte de autoridades judiciales locales, fallos judiciales; posicionamientos de las autoridades del país pertinente en materia de protección de la víctima o evaluaciones del riesgo de que el agresor cruce la frontera hacia el Estado de acogida, entre otros.

Además, en lo tocante al elemento objetivo y, más concretamente, en relación con el análisis de la situación imperante en el país de origen, particularmente preocupante resulta el uso selectivo que la OAR hace de los informes del sistema de Naciones Unidas, de los que usualmente tiende a obviar el análisis de fondo y las observaciones sobre las carencias del país de origen respecto de la situación de la protección de las mujeres, prefiriendo limitarse, de forma interesada, a los párrafos de carácter más diplomático, en los que usualmente se subrayan aquellos avances más significativos en la evaluación de la referida situación. Esta actitud, en la práctica, tiene como consecuencia un alejamiento consciente del contenido de fondo real de tales informes y, por lo tanto, de la realidad en país de origen respecto de la posición del Estado hacia la protección de las mujeres, tanto desde el punto de vista jurídico como social.

Con el fin de brindar un marco de referencia del que partir a la hora de analizar dichas solicitudes y evitar este tipo de situaciones poco deseables, el ACNUR elabora en 2002 las *Directrices sobre protección internacional por persecución por motivos de género* y enumera una serie de supuestos claros de temor fundado de persecución por motivos de género en virtud de los cuales se debería obtener el reconocimiento del estatuto de persona refugiada:

- a) “Juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma ha demostrado ser fundamento suficiente para determinar algunas solicitudes por motivos de género”. Este supuesto abarcaría tanto la promulgación de leyes como la existencia de normas que acogen prácticas tradicionales o culturales que no se ajustan necesariamente a los estándares internacionales de derechos humanos¹⁶⁵.
- b) “Practica persecutoria”. El mero hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias, no debe entenderse en el sentido de que el Estado no las siga tolerando o condonando o, simplemente, no se encuentre en condiciones de enfrentarlas eficazmente¹⁶⁶.
- c) “Penas o sanciones excesivas o que conlleven una dimensión de género”. En aquellos casos en los que el incumplimiento de una ley o política tenga como consecuencia este tipo de penas o sanciones, o estas excedan los objetivos de la norma incumplida, o cuando se impone una pena severa a mujeres que, al violar la ley, transgreden las costumbres o valores sociales, ello equivaldría a persecución¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ejemplo de ello serían las *Ordenanzas Hudood* en Pakistán y, dentro de ellas, la conocida como *Ordenanza de Zina*, la cual exige para que exista condena por violación a una mujer la confesión del agresor o el testimonio de cuatro hombres adultos musulmanes que hayan sido testigos presenciales de la violación y de que la mujer no consintió. Las mujeres violadas pueden ser víctimas de “crímenes por honor” a manos de un pariente varón. Para mayor abundamiento en esta cuestión, véase, SÁENZ BERCEO, M.C., “La mujer en la legislación pakistani: Ley de protección de las mujeres”, en: CHOCARRO DE LUÍS, E. y SÁENZ BERCEO, M.C (Coords.), *Oriente y occidente: la construcción de la subjetividad femenina*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2014, pp. 57-77.

¹⁶⁶ En relación con la cuestión de que el Estado no esté en condiciones de enfrentar eficazmente una práctica persecutoria, a modo de ejemplo, nótese, como el Parlamento Europeo, en su propuesta de resolución *sobre una estrategia de la Unión para poner fin a la mutilación genital femenina en el mundo*, “[I]amenta el hecho de que, en la mayoría de los países de Europa, las leyes penales destinadas a proteger a las niñas y a las mujeres frente a la MGF se apliquen igualmente en raras ocasiones y que las autoridades no hayan abordado el problema de la MGF; señala, a este respecto, que en 2016 la Comisión Especial de Asuntos de Interior de la Cámara de los Comunes británica señaló que la ausencia de condenas por MGF era un “escándalo nacional”; observa que en marzo de 2019 una madre fue condenada en el Reino Unido a 11 años de prisión, siendo esta la primera condena por MGF en dicho país”. Véase, [2019/2988(RSP)], de 5 de febrero de 2020, pár. 10.

¹⁶⁷ Son estos los casos en los que las mujeres son obligadas a cumplir y respetar ciertos códigos de vestimenta y su transgresión lleva aparejadas una serie de condenas que van desde la amonestación verbal, pasando por una multa, recibir latigazos o penas de

- d) “Leyes o políticas cuyos objetivos sean justificables, pero que puedan ser aplicadas de forma discriminatoria o que tengan consecuencias de carácter severamente lesivo para la mujer afectada”. Estas equivaldrían también a una persecución¹⁶⁸.
- e) “Discriminación equivalente a persecución”. Un patrón de discriminación o de trato desfavorable constituiría persecución si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter severamente lesivo para la mujer implicada, es decir, si limitarían gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios educativos. Asimismo, comprenderían este tipo de formas de discriminación que el Estado no cumpliera con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por ciertos perjuicios o daños, esto es, no reconocer ciertos derechos ni conceder protección contra abusos graves y no brindar la protección que se precisa, pudiendo generarse daños graves con impunidad. En la misma medida, abarcaría los supuestos individuales de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual¹⁶⁹. En particular, esta cuestión resulta espinosa en las solicitudes de protección internacional por motivos de género, al revestir estos actos discriminatorios un carácter más sutil frente a los actos que implican violencia física y, por ende, existir el peligro de que tales actos no sean considerados de suficiente entidad a los efectos de ser calificados de persecución. Estos casos pueden tratarse de restricciones a un determinado comportamiento en una mujer o forzarla a actuar de una manera concreta, siempre sobre la base de leyes, normas sociales o religiosas que resultan en el trato discriminatorias para la mujer y suponen una merma de sus derechos.

En el seno de la Comunidad Internacional no existe un consenso en torno al nivel de discriminación exigido para que un acto discriminatorio pueda ser susceptible de considerarse persecución. Tampoco el ACNUR ha contribuido a aclarar este aspecto, limitándose a señalar que “[l]as medidas de discriminación, aunque no tengan

prisión en determinados Estados mayormente musulmanes en África, el sur de Asia, el Golfo Pérsico.

¹⁶⁸ En este sentido, la planificación familiar ha sido ampliamente aceptada como una respuesta adecuada ante las presiones demográficas. Sin embargo, la implementación de dichas políticas mediante prácticas como el aborto provocado y la esterilización forzosa, constituirían una violación de los derechos humanos. Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, párrafo. 13.

¹⁶⁹ Al respecto, véanse, SSAN, de 20 de abril de 2001 y de 23 de mayo de 2007.

en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona de que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura. La cuestión de si tales medidas de discriminación constituyen o no en sí mismas persecución debe decidirse a la luz de todas las circunstancias del caso¹⁷⁰. En cualquier caso, en la práctica, ante el examen de una solicitud de protección internacional por motivos de género, se deberán analizar los derechos y libertades que se ven conculcados con el acto o actos discriminatorios, la forma en que estos se han conculcado, su carácter sistemático o prolongado en el tiempo, las razones aducidas por el Estado para avalar dichos actos discriminatorios o su incapacidad para enfrentarlos. A nuestro juicio, la problemática surgida a este respecto quedaría resuelta recurriendo a la consideración defendida por HATHAWAY de que cualquier daño a un derecho puede ser persecutorio si es sistemático, acumulativo y afecta seriamente a la integridad de la mujer solicitante de protección internacional¹⁷¹.

- f) “Persecución motivada por la orientación afectivo-sexual”. La sexualidad, las prácticas sexuales de una solicitante y su discriminación pueden ser relevantes en la solicitud de protección internacional cuando esta ha sido víctima de acciones persecutorias por las citadas razones. En este sentido, las solicitudes más comunes incluyen a personas homosexuales y trans a las que se les somete a una hostilidad pública excesiva, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente. Además, aun cuando las prácticas homosexuales no sean penalizadas, una solicitante también podrá establecer una solicitud válida en situaciones en las que el Estado condone o tolere las prácticas discriminatorias, los perjuicios perpetrados en su contra o en supuestos donde el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios¹⁷².
- g) “Trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzosa como una forma de persecución”. Esta práctica puede ser considerada una forma de tortura o un trato cruel, inhumano o degradante. En la misma línea, esta práctica puede imponer serias restricciones a la libertad de circulación de una mujer, consecuencia del secuestro, encarcelamiento o confiscación de pasaportes y otros documen-

¹⁷⁰ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 21, párrafo 55.

¹⁷¹ Cfr: HATHAWAY, J., *The Law of...*, *op.cit.*

¹⁷² En este sentido, véanse, SSTS de 21 de abril; de 29 de septiembre y de 25 de julio de 2007.

tos de identificación. Además, las mujeres y niñas víctimas de trata pueden sufrir serias repercusiones después de la huida o una vez devueltas, tales como represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad real de volver a ser objeto de trata, el grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o una discriminación severa. En casos particulares, ser objeto de trata para fines como la explotación sexual puede ser el fundamento para la solicitud de condición de refugiada cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección contra tales perjuicios o amenazas¹⁷³.

4.2. *Agentes de persecución estatales, ausencia de protección estatal y persecución por agentes particulares*

Para que una persona solicitante de protección internacional sea reconocida como refugiada es necesario que esta pueda probar, además del temor fundado a ser perseguida, que ha habido actos de persecución perpetrados por las autoridades de su país, siendo estas responsables o culpables del daño causado o temido. A su vez, estos actos de persecución o de trato gravemente discriminatorio pueden ser perpetrados por los miembros de la familia, la población local o por individuos concretos, en definitiva, por actores no estatales (particulares), pudiendo los mismos equipararse a la persecución cuando las autoridades los toleran de manera deliberada, cuando estas se niegan a proporcionar una protección eficaz o cuando se demuestra que tales autoridades son incapaces de hacerlo¹⁷⁴.

¹⁷³ MILANO, V., “Trata con fines de explotación sexual y asilo: la devolución de las víctimas en riesgo de sufrir persecución como máxima expresión de su situación de desprotección”, en: *Vulnerabilidad y resistencia: experiencias investigadoras en comercio sexual y prostitución*, Carmen Orte Socías, Lluís Ballester Brague, Rosario Pozo Gordializa (Coords.), 2019, pp. 37-62.

¹⁷⁴ Véanse, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, pág. 19. Asimismo, las *Directrices de protección internacional: pertenencia a un determinado grupo social, en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* en la misma línea se expresan de la siguiente manera: “[l]os casos en que la condición de refugiado se basa en la pertenencia a un determinado grupo social con frecuencia involucran a solicitantes que enfrentan riesgos de persecución por parte de los agentes no estatales; estos casos implican un análisis de la relación causal [...]. No es necesario que el hostigador sea un funcionario del Estado. Cuando la población local comete serios actos de discriminación u otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”. *Cfr. Directrices de protección internacional: pertenencia a un...*, *op. cit.*, pág. 20.

Ni los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra de 1951 ni el texto finalmente adoptado abordaron expresamente la cuestión del origen de la persecución. De hecho, la citada Convención no exige que la temida persecución proceda de un Estado, sino que se valore si la persona interesada puede acogerse a la protección de su país¹⁷⁵. Esta situación dejó un amplio margen de apreciación a los Estados, quienes optaron por un criterio notablemente restrictivo al considerar al Estado único agente potencialmente causante de una situación de persecución¹⁷⁶. Una interpretación de este tipo, evidentemente, juega de forma particular en contra de las solicitudes de protección internacional por motivos de género, cuyos agentes de persecución, en la práctica, suelen ser la pareja, los familiares o la propia comunidad en la que viven las víctimas, manteniendo el Estado en estos casos una actitud de mera tolerancia o mostrando una incapacidad a la hora de proporcionar una protección eficaz frente a la persecución. En este sentido, como aclara GORTÁZAR ROTAECHE, “ha de quedar claro que para que se aplique la Convención de Ginebra no es preciso que sea el Estado quien “persiga” al refugiado por los motivos en ella descritos, sino que basta con que no proteja al mismo de persecuciones provenientes de otros grupos”¹⁷⁷. A estos efectos, la *praxis jurisprudencial* ha jugado un importante papel a la hora de configurar toda una jurisprudencia en relación con la procedencia de la persecución¹⁷⁸.

El *Manual del ACNUR sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* se expresa en relación con esta cuestión en los siguientes términos: “[I]a persecución suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país [...]. El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”¹⁷⁹.

Siendo el Manual del ACNUR un instrumento de *soft law*, resulta de gran ayuda recurrir en el ámbito de la Unión Europea a la Directiva 2011/95/

¹⁷⁵ Véase, STS, de 21 de septiembre de 2004.

¹⁷⁶ Cfr. GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in the International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

¹⁷⁷ Cfr. GORTÁZAR ROTAECHE, C., *Derecho de Asilo...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁸ Para mayor abundamiento, consúltese, SANTOLAYA MANCHETTI, P., “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”, en: FREIXES, T. (Coord.), *Mujer y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 186.

¹⁷⁹ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, pp. 22-23, párrafo 65.

UE (en adelante, “Directiva de Reconocimiento”), que en su artículo 6 sobre los *Agentes de persecución o causantes de daños graves*, se ha hecho eco de esta doctrina defendida por el ACNUR y la jurisprudencia estableciendo que:

“Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros:

- a) el Estado;
- b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio;
- c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves [...]”¹⁸⁰.

En la misma línea, a nivel nacional, los artículos 13 y 14 de la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, reproducen el contenido del artículo 6 de la Directiva de Reconocimiento.

Sin embargo, durante algún tiempo, la jurisprudencia española se ha mostrado reacia a reconocer el estatuto de persona refugiada a mujeres y niñas víctimas de persecución a manos de agentes no estatales (particulares). A título de ejemplo, baste citar sendos casos de matrimonios forzosos ante la propia Audiencia Nacional en los que se sostuvo en 2005 que “[el] l daño alegado no proviene del gobierno de su país ni de grupos que hubieran actuado por cuenta de aquellos o bajo su instigación, aquiescencia, tolerancia, o condescendencia”¹⁸¹ o “su persecución es de carácter extraoficial y no hay datos ni indicios de que la persecución de que dice ser objeto haya sido promovida por las autoridades del país o que tales autoridades la hayan autorizado”¹⁸².

Lo hasta ahora señalado nos obliga a plantear la siguiente cuestión: si la persecución no es atribuida directamente al propio Estado, ¿debe demostrarse en todos los casos que la mujer o la niña víctima de violencia acudió en primera instancia a solicitar protección al mismo para probar que este

¹⁸⁰ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*. DOUE, L 337, de 20 de diciembre de 2011. BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

¹⁸¹ SAN, de 15 de marzo de 2005.

¹⁸² SAN, de 31 de marzo de 2005.

autoriza, tolera o, cuando menos, no es capaz de ofrecer tal protección? Es esta, lamentablemente, una pregunta recurrente en las entrevistas de protección internacional y una de las actuaciones que debe fundamentarse en la construcción del relato de la víctima y apoyarse en material probatorio a la hora de justificar la persecución sufrida, lo que expone, más si cabe, a una situación de peligro a mujeres y niñas víctimas ya que las autoridades del país, al conocer los hechos que vienen a denunciar, pueden ejercer directamente sobre ellas una violencia que suponga un riesgo para su vida, colaborar en poner en conocimiento de dichas denuncias al agente perseguidor o, en el mejor de los casos, simplemente obviar cualquier intento por proporcionar una protección ineficaz. Piénsese, por ejemplo, en países como Angola, Camerún o Libia, donde la violación no se contempla si se produce dentro del matrimonio, dejando a las mujeres y niñas desamparadas si quien las viola es su marido; o en casos en los que las autoridades judiciales han tramitado órdenes de alejamiento como medida cautelar años después de interponer las denuncias por violencia de género; o en que la obtención de una sentencia se dilate excesivamente en el tiempo, exponiendo a un riesgo grave a la víctima, aun siendo la misma previamente conocedora de esta práctica recurrente y que, en muchas ocasiones, incluso encuentra reflejo en los propios informes oficiales sobre la situación del país de origen en materia de protección de derechos de la mujer.

La Convención de Ginebra tampoco hace referencia alguna a la cuestión de los agentes de protección y a cómo debería ser esta para poder valorar su ausencia y determinar la necesidad de amparo de una persona solicitante de protección internacional. A la hora de valorar la ausencia de protección deben tenerse en cuenta las obligaciones internacionales voluntariamente asumidas por los Estados en relación con la violación sistemática de derechos humanos, así como si han adoptado la diligencia debida para proteger a las mujeres y niñas de los actos de persecución frente a este tipo de agentes no estatales (particulares).

En este sentido, vuelve a ser la Directiva de Reconocimiento, en su artículo 7.1, sobre *Agentes de protección*, la que menciona qué agentes deben proporcionar tal protección:

- “a) el Estado, o
- b) partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio [...]”

Además, en su apartado segundo, el citado artículo establece que “[l]a protección contra la persecución o los daños graves deberá ser efectiva y de

carácter no temporal. En general se entenderá que existe esta protección cuando los agentes mencionados [...] tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección”.

A este respecto, es necesario tener en cuenta que es posible que la situación jurídica de un país evolucione con el transcurso del tiempo hacia una mayor sensibilización por los derechos de las mujeres. Determinadas leyes discriminatorias contra este colectivo pueden ser derogadas, pueden adoptarse otras medidas de carácter positivo, pueden adoptarse leyes contra la violencia hacia las mujeres e, incluso, pueden implantarse asociaciones para la defensa de sus derechos y sus libertades, pero sus efectos no ser inmediatos en la sociedad. En estos casos, los prejuicios siguen estando arraigados en la misma y el temor porque las autoridades nacionales no apliquen la normativa persiste, no siendo estos cambios suficiente motivo para disminuir el fundado temor de la solicitante. En este escenario, el ACNUR ha considerado que “un cambio *de facto*, no sólo *de iure*, se requiere y un análisis de las circunstancias de cada caso en particular es esencial”¹⁸³. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha identificado dos requisitos que deben concurrir a la hora de considerar que existe protección estatal y, en consecuencia, que la persona no es perseguida: a) que la protección estatal debe encontrarse *disponible*: el hecho de que existan leyes que penalicen ciertos actos, al margen de la aplicación efectiva o no, debe hacernos sospechar sobre la existencia de una verdadera protección interna frente a la persecución; b) que la protección estatal debe ser *efectiva*: pudiendo considerarse esta no efectiva si las autoridades no responden a las solicitudes de protección o se niegan a investigar, enjuiciar o castigar a los autores (no estatales) de la violencia con la debida diligencia¹⁸⁴.

4.3. Alternativa de huida interna o reubicación

A la hora de determinar si una persona necesita protección internacional es preciso valorar la posibilidad de que esta se traslade a vivir a otra

¹⁸³ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 102, párrafo 15. Asimismo, véanse, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación general n° 31 [80], *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, de 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrafos 8 y 15.

¹⁸⁴ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 102, pár. 15.

zona del país de origen o de residencia donde no se dé tal probabilidad de persecución: lo que se conoce en el marco de este procedimiento como *alternativa de huida interna*. Esta valoración se encuentra presente en todas las entrevistas de protección internacional, independientemente de cual sea el motivo de persecución, y es utilizada frecuentemente por las autoridades responsables de instruir el expediente y de tomar las decisiones sobre la concesión o denegación de estatutos de protección internacional para limitar el reconocimiento de esta protección a la persona solicitante, al entender que podría vivir en un “lugar seguro” en otra parte del país, donde “dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal”¹⁸⁵. A estos efectos, “debe identificarse una zona en particular, así como dar al solicitante una oportunidad apropiada para pronunciarse al respecto”. La protección en tal lugar debe “estar disponible de manera genuina y significativa”, pues, como afirma el ACNUR, “los organismos de Naciones Unidas, las ONG’s, la sociedad civil y otros agentes no estatales no son un sustituto de la protección del Estado”¹⁸⁶. Y ello, aun cuando la Convención de Ginebra de 1951 se mantiene silente en lo que respecta a que el temor a ser perseguida deba extenderse siempre a la totalidad del territorio del país de origen de la persona que solicita protección internacional¹⁸⁷.

Para poder valorar si existe o no la posibilidad de apelar a este requisito por parte de las autoridades del país de acogida, las *Directrices sobre protección internacional: la alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, establecen la necesidad de analizar (i) la pertinencia y (ii) la razonabilidad de tal exigencia.

¹⁸⁵ Según el ACNUR, “este argumento se utiliza a veces para rechazar solicitudes sin haber sido debidamente analizadas por los adjudicadores, quienes pueden asumir que [una mujer trans] podía retornar en condiciones de seguridad a una gran ciudad o a una zona diferente del país donde [...] ella no sea conocida, sin que la solicitud sea apoyada con información de país de origen o de otro tipo”. Cfr. ACNUR, *La protección de solicitantes de asilo y refugiados, lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales*. Documento de discusión preparado para la mesa redonda del ACNUR sobre solicitantes de asilo y refugiados que buscan protección en razón de su orientación sexual e identidad de género, celebrada del 30 de septiembre al 1 de octubre de 2010, División de Protección Internacional, Ginebra, de 22 de septiembre de 2010, párrafo. 28.

¹⁸⁶ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre la Protección Internacional: la “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 23 de julio de 2003, HCR/GIP/03/04, pp. 3-4.

¹⁸⁷ Cfr. CRAWLEY, H., *Refugees and Gender...*, *op. cit.*

El primero de los criterios requiere que la nueva ubicación sea para la persona solicitante de protección internacional “accesible, práctica, segura y legal”, es decir, “debe tener el derecho legal de viajar hasta allí, ingresar y permanecer en ella”¹⁸⁸, no siendo este requisito aceptable si durante el acceso a la zona propuesta la persona solicitante de protección internacional tiene que enfrentar peligros físicos difícilmente superables, tales como frentes de guerra cambiantes, legislaciones que penalizan el aborto o las relaciones entre mujeres, legislaciones que amparan la mutilación genital femenina o leyes de carácter discriminatorio contra el colectivo de mujeres trans, por ejemplo. Para evitar tales situaciones, las autoridades responsables del examen de una solicitud tienen la responsabilidad de la carga de la prueba, concretándose esta en un análisis sobre la reubicación aplicada al caso en particular, incluyendo la identificación del lugar propuesto para la reubicación y el acopio de información del país de origen¹⁸⁹. En estos casos, la tendencia que se advierte en el reconocimiento de la protección internacional por género es el requerimiento a la persona para que se traslade a zonas urbanas, donde se presume mayor progreso social y político, así como un mayor umbral de tolerancia, frente a zonas más periféricas o entornos rurales¹⁹⁰.

El segundo de los criterios, la *razonabilidad*, se concreta en la necesidad de realizar un examen objetivo, imparcial y sensible al enfoque de género del impacto de la decisión de exigir a la mujer solicitante el traslado a otro lugar dentro de su país de origen¹⁹¹. Dicho examen debe realizarse de acuerdo con sus circunstancias personales, la existencia de persecución en el pasado, la seguridad del entorno, el respeto de los derechos humanos y la posibilidad de sobrevivir en términos económicos¹⁹².

¹⁸⁸ Cfr. ACNUR, *Directrices sobre la Protección Internacional: la alternativa de...*, *op. cit.*, párrafos 10-12. Asimismo, la Directiva 2011/95/UE, establece en el artículo 8.1 b) que: [a]l evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte del país de origen este: [...] puede viajar con seguridad y legalmente a esa parte del país, ser admitido en ella y es razonable esperar que se establezca allí”.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, párrafos 33-34.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, párrafo 55.

¹⁹¹ El enfoque de género es necesario tenerlo en cuenta porque “[p]uede que las mujeres tengan menos oportunidades económicas que los hombres, o quizás no puedan vivir de forma separada de los miembros masculinos de la familia, y esto debe ser evaluado en el contexto general del caso”. Cfr. ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n° 9. Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, de 23 de octubre de 2012, HCR/IP/12/09, pág. 56.

¹⁹² Véase, ACNUR, *Directrices sobre la Protección Internacional: la alternativa de...*, *op. cit.*, párrafos 22-30.

En la práctica, el criterio de la alternativa de huida interna es usualmente utilizado para limitar la necesidad de protección de la víctima en un tercer país, particularmente en casos de violencia de género, donde el agente de persecución directo no es un actor estatal y rara vez se concibe que este vaya a buscar a la mujer en la zona en la que pueda ser reubicada. De ahí que el enfoque de género deba ser particularmente tenido en cuenta por las personas encargadas de instruir el expediente, valorando los obstáculos sociales, culturales y económicos que pueden afectar a la mujer que desaconsejen su desplazamiento a otra zona segura; la exposición a la violencia, la inseguridad, la pobreza y el ostracismo social; un limitado acceso a las autoridades y a los tribunales; y, sobre todo, en determinados países donde la ausencia de la protección del varón y la familia es un factor para el aumento del riesgo de ser víctima de actos discriminatorios, ya que muchas mujeres y niñas viven en sociedades dominadas por grupos étnicos o religiosos con normas y tradiciones arraigadas y con gran influencia en el aparato estatal que les impedirían llevar una vida digna.

En demasiadas ocasiones, todavía en la actualidad, la OAR deniega la protección internacional apoyándose, entre otros, en este criterio. Se ha convertido esta en un práctica tan asentada que ha motivado que, en el marco del asesoramiento jurídico que reciben las mujeres durante la tramitación de su solicitud de protección internacional por género, se las oriente de antemano en torno a la necesidad de fundamentar con material probatorio las situaciones descritas anteriormente que pueden llegar a exponerlas a graves situaciones de vulnerabilidad y de violación sistemática de sus derechos humanos, impidiendo su reubicación interna en el país concreto, tanto en una primera fase de instrucción administrativa ante la OAR como ante el propio órgano administrativo decisorio (Comisión Interministerial de Asilo y Refugio) o, finalmente, vía recurso contencioso administrativo, ante los tribunales.

4.4. Nexo causal en el examen de las solicitudes de protección de las víctimas de persecución por motivos de género

Para que una mujer puede ser reconocida con el estatuto de refugiada debe evidenciarse del análisis de su relato y del material probatorio que la persecución se produce por alguno de los motivos previstos en la Convención, esto es, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social determinado u opiniones políticas¹⁹³. En este sentido, el ACNUR, en sus

¹⁹³ Por tanto, para que una persona pueda ser reconocida como refugiada no es suficiente que tenga un temor fundado de sufrir cualquier tipo de persecución, ya que la solici-

Directrices de género, establece que “[p]ara determinar si [una] solicitante en particular ha cumplido con los criterios de la definición de refugiado es importante asegurarse que cada uno de los motivos contemplados en la Convención se interprete desde una perspectiva sensible al género”, ya que “[e]n muchas culturas, las opiniones políticas de las mujeres, su raza, nacionalidad, religión o pertenencia a determinado grupo social [...] se presuponen afines a las de sus familiares, colegas o miembros de su comunidad”¹⁹⁴.

La solicitud de protección de una mujer puede estar basada en varios de los motivos de la Convención de Ginebra. Para poder realizar una correcta evaluación de dicha solicitud es importante analizar el conjunto de los motivos de la Convención con perspectiva de género¹⁹⁵. Sin embargo, esta tendencia a englobar las solicitudes de protección internacional por motivo de género en el motivo de pertenencia a un grupo social determinado, en numerosas ocasiones, no permite interpretar adecuadamente el resto de motivos de la Convención de Ginebra con una perspectiva de género durante la instrucción del expediente o en una subsiguiente valoración judicial. Además, una de las dificultades a la hora de valorar el nexo causal de este tipo de solicitudes ha sido siempre la complejidad de demostrar que la persecución se encuadra dentro de uno los motivos de persecución o que alcanza un nivel de riesgo suficiente para que uno de los motivos sea aplicado, ya que se tiende a considerar, erróneamente, que dicha persecución se produce por un motivo que tiene lugar en la esfera personal o privada de la víctima¹⁹⁶.

El ACNUR, consciente de esta dificultad, y en la línea de facilitar que el nexo causal pueda cumplirse en este tipo de solicitudes, favoreciendo el reconocimiento del estatuto de persona refugiada por motivos de género,

tud de protección internacional solo se admitirá si la persecución sufrida o temida es por una de las causas prevista en la Convención.

¹⁹⁴ Véase, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, párrafo 22.

¹⁹⁵ Véase, ACNUR, *Directrices sobre protección...*, *op. cit.*, párrafo 23.

¹⁹⁶ En el conocido caso *Lazo-Majano* dilucidado ante la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, donde se juzgaba un caso de violación y maltrato físico sistemático, el magistrado concluyó que el maltrato sufrido por la solicitante era de naturaleza estrictamente personal, fue abusada y dominada por un individuo por puras razones sexuales, por su desenfrenada lujuria, para satisfacer su apetito carnal y por verla como un objeto sexual disponible. Véase, *Olimpia Lazo-Majano v. Immigration and Naturalization Service*, n° 85-7384. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 813 F.2d 1432: 1987 U.S. App. LEXIS 4132. June 9, 1986, Argued and Submitted. April 2, 1987, Filled.

adoptó en sus *Directrices de protección internacional sobre pertenencia a grupo social determinado y persecución por motivos de género* (2002) el siguiente enfoque:

“En situaciones en las que exista un riesgo de ser [perseguida] por un agente no estatal (por ej. cónyuge, compañero u otros agentes no estatales) por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención, se establece el nexo causal, independientemente de que la ausencia de protección por parte del Estado guarde o no relación con la Convención. Asimismo, cuando el riesgo de ser [perseguida] por un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención el nexo causal también se establece”¹⁹⁷.

En consecuencia, de lo expuesto se entiende que el nexo causal puede quedar establecido desde una doble perspectiva: por un lado, por el hecho de que la actuación de los agentes perseguidores no estatales (particulares) se encuentre basada en alguno de los motivos de la Convención, independientemente de la actitud que adopte el Estado de origen (acción u omisión); por otro, cuando independientemente de las razones que motiven la actuación del agente perseguidor no estatal, la decisión del Estado para no proteger a la víctima (activa o pasiva) responda a alguno de los motivos de la Convención¹⁹⁸. En este sentido, cabe apelar a que la práctica estatal de instrucción de expedientes de protección internacional adoptara dicha línea de interpretación sin excepciones y siempre con un enfoque de género.

4.5. Motivos conexos de la Convención de Ginebra de 1951 a la solicitud de protección internacional por motivos de género

No resulta extraño que las mujeres y las niñas sufran persecución, además de por su propia condición, como consecuencia de una actividad o una militancia política visible o, simplemente, por el hecho de que estas actividades sean desarrolladas por parte de los varones de su propia fa-

¹⁹⁷ Véase, ACNUR, *Directrices sobre 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*, HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, párrafos 21-23.

¹⁹⁸ Véanse, GOÑI URRIZA, N., “Cuestiones internacionales: la concesión de asilo por violencia de género”, en: AA.VV., *Violencia de Género, Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson-Reuters, Navarra, 2007, p. 238 y KAHALE CARILLO, D.T., *El derecho de...*, op. cit., pp. 124-125. Asimismo, véase, SSTS, de 12 de enero; de 10 de febrero; de 21 de abril y de 17 de septiembre de 2006.

milia o comunidad y los propios agentes de persecución les atribuyan a ellas automáticamente dichas opiniones políticas o religiosas. Por ello, a la hora de examinar sus solicitudes de protección internacional resulta importante tener en consideración las imputaciones que los agentes de persecución realizan a las solicitantes con el fin de fundamentar sus solicitudes de forma transversal en diferentes motivos de persecución de la Convención.

4.5.1. Raza

Según el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* del ACNUR “el concepto de raza abarca “todos los grupos étnicos habitualmente denominados “raza”” [...]. Por consiguiente, la discriminación racial¹⁹⁹ constituye un elemento importante al determinar la existencia de persecución”²⁰⁰ [...]. “Así ocurrirá siempre que, a causa de la discriminación racial, se vulnere la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables, o cuando no hacer caso de barreras raciales lleve aparejadas graves consecuencias”. La Directiva 2011/95/UE de Reconocimiento, en su artículo 10.1 a), clarifica dicho concepto y establece que “el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico”²⁰¹.

La persecución por motivos de raza es sufrida por mujeres y niñas de forma especialmente significativa en atención a su sexo, por ejemplo, cuando en situaciones de conflicto armado se instaura una política deliberada de explotación o victimización de ciertos grupos étnicos y la persecución se manifiesta a través de la destrucción de la identidad o prosperidad de un grupo étnico, al identificarse a la mujer como un medio para garantizar la

¹⁹⁹ En este sentido, el concepto de raza viene establecido en el artículo 1.1 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1965, en los siguientes términos: “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

²⁰⁰ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 23, párrafos 68-69.

²⁰¹ En los mismos términos, esta descripción es recogida en el art. 7.1 a) de la Ley de Asilo española.

perpetuidad del grupo étnico por su capacidad reproductora, por lo que se ejerce contra ella violencia sexual o se controla su actividad reproductora. A su vez, la persecución de la mujer por razón de pertenencia a un grupo étnico puede darse también en el ámbito de la explotación sexual. Las mujeres y niñas son seleccionadas especialmente como consecuencia de las demandas del mercado de una raza en particular.

4.5.2. Nacionalidad

El *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* del ACNUR entiende que “el término “nacionalidad” no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico [...]. La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional [...] y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución”²⁰². La Directiva 2011/95/UE de Reconocimiento, en su artículo 10.1 a), establece que “el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado”²⁰³.

En el ámbito de la nacionalidad, cabe entender por ejemplo que existe persecución contra las mujeres y las niñas en aquellos casos en los que la legislación de un determinado Estado establece que la esposa pierde su nacionalidad cuando contrae matrimonio con un extranjero. En dichos supuestos la persecución no vendría sólo por la pérdida de dicha nacionalidad sino por las consecuencias que se pudieran derivar de tal pérdida. De igual manera, la trata de personas podría constituir el método elegido para perseguir a las personas de una nacionalidad específica en un contexto en el cual existe un conflicto interracial en un Estado y ciertos grupos reciban menos garantías de protección. En este sentido, incluso si la motivación principal del tratante es obtener una ganancia económica, la nacionalidad de la persona podría colocarla en una situación de mayor vulnerabilidad a ser víctima de trata.

²⁰² Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, párrafo 74, p. 24.

²⁰³ En los mismos términos, esta descripción es recogida en el art. 7.1 c) de la Ley de Asilo española.

4.5.3. Religión

El *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* del ACNUR aclara que “[l]a persecución por “motivos de religión” puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa”²⁰⁴. Asimismo, las *Directrices de protección internacional, Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*²⁰⁵ especifican que:

“Se le debe prestar especial atención al impacto del género en las solicitudes de asilo por motivos religiosos, [...] pueden ser relevantes la existencia de códigos de vestimenta, restricciones de movimiento, prácticas tradicionales dañinas o trato desigual o discriminatorio, incluyendo sometimiento a leyes y/o sanciones discriminatorias. En algunos países las jóvenes son entregadas en nombre de la religión para que ejecuten deberes de esclavas o proporcionen servicios sexuales a los clérigos o a otros hombres. También en el nombre de la religión, las menores de edad pueden ser forzadas a contraer matrimonio, ser castigadas por crímenes de honor o ser sometidas a mutilación genital forzosa. Otras son ofrecidas a las deidades y subsecuentemente compradas por individuos que creen que ellas les concederán ciertos deseos. En algunos países las mujeres todavía son consideradas “brujas” y son quemadas o lapidadas a muerte. Estas prácticas pueden ser condonadas culturalmente en la comunidad de origen de la solicitante pero aún así constituir persecución”²⁰⁶.

²⁰⁴ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, p. 72, p. 23.

²⁰⁵ Cfr. *Directrices de protección internacional, Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/04/06, 28 de abril de 2004, párrafo 24.

²⁰⁶ Para una descripción de estas prácticas, véanse, *Integración de los derechos humanos de las mujeres y la perspectiva de género, Violencia contra la mujer*, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, señora Radhika Coomaraswamy, presentado conforme con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos, Prácticas culturales en la familia que son violentas hacia las mujeres, E/CN.4/2002/83, 31 de enero de 2002 (Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1529.pdf>); *Droits Civils et Politiques et, Notamment: Intolérance Religieuse*, Informe presentado por el Relator Especial, señor Abdelfattah Amor, de conformidad con la resolución 2001/42 de la Comisión de Derechos Humanos, Addenda: “Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions”, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5 de abril de 2002 (Disponible, solo en

Por su parte, la Directiva 2011/95/UE de Reconocimiento, en su artículo 10.1 b), define el término religión como “el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por esta”²⁰⁷.

En determinados casos es difícil diferenciar entre motivos religiosos y motivos políticos ya que, en aquellos casos en los que una mujer no acata un rol o un modelo de comportamiento impuesto, puede ser interpretado por los distintos agentes de persecución como una negativa a practicar una determinada religión, como un intento de influir en la sociedad negativamente o de desafiar al poder religioso o como una posición política inadmisibles que amenaza las estructuras del poder político del Estado²⁰⁸.

4.5.4. Opiniones políticas

El Manual del ACNUR en relación con el concepto de motivo político establece que “el hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no justifica en sí mismo la reclamación de la condición de refugiad[a] y [la] solicitante debe mostrar que abriga temores de ser perseguid[a] por sostener tales opiniones. Esto presupone que [la] solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos. También presupone que las autoridades tengan noticia de esas opiniones o que se las atribuyan [la] solicitante”²⁰⁹. Por su parte, la Directiva 2011/95/UE de Reconocimiento, en su artículo 10.1 e), define el término opinión política más claramente al determinar que “el concepto de opinión política comprenderá, en particular, las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los

francés, a través del siguiente enlace: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(2848af408d01ec0ac1256609004e770b/9fa99a4d3f9eade5c1256b9e00510d71?OpenDocument&Highlight=2,E%2FCN.4%2F2002%2F73%2FAdd.2](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(2848af408d01ec0ac1256609004e770b/9fa99a4d3f9eade5c1256b9e00510d71?OpenDocument&Highlight=2,E%2FCN.4%2F2002%2F73%2FAdd.2)

²⁰⁷ En los mismos términos, esta descripción es recogida en el art. 7.1 b) de la Ley de Asilo española.

²⁰⁸ *Cfr.* CRAWLEY, H., *Refugees and Gender...*, *op. cit.* En este sentido, véase, VEGA GUTIÉRREZ, A.M., “Discriminación y violencia de género en las solicitudes de asilo por motivos religiosos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 49, 2019, pp. 3-35.

²⁰⁹ Véase, ACNUR, *Manual sobre procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 80, p. 24.

agentes potenciales de persecución mencionados en el artículo 6 y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias”²¹⁰.

A estos efectos, y como apunta MIGUEL JUAN, a la hora de reconocer la imputación de los motivos políticos habrá que tener en cuenta “no solo la opinión que se tenga sobre un gobierno sino también la opinión que se tenga sobre el tratamiento y el estatus de las mujeres en un país según su cultura, religión o grupo étnico”²¹¹. Dependiendo de las circunstancias, las mujeres podrán ser señaladas por sus opiniones políticas, reales o percibidas así por terceros, opiniones que las podrían colocar en una situación de especial vulnerabilidad, siendo menos probable que disfruten de la protección efectiva del Estado.

5. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS SOLICITUDES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL POR MOTIVOS DE GÉNERO²¹²

Aquellas mujeres y niñas que huyen de sus países de origen o de residencia como consecuencia de la persecución que sufren pueden solicitar protección internacional ante las autoridades españolas competentes de forma presencial o mediante representante autorizado notarialmente, si existe imposibilidad física o legal²¹³. En este último caso, la solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento. Las mujeres y las niñas que quieran solicitar protección internacional por motivos de género se enfrentan a serias dificultades, tanto de carácter técnico como psicológico, a la hora de formalizar su solicitud al haber sido construido el procedimiento desde sus inicios sobre el ideario del solicitante varón, políticamente activo y perseguido por agentes estatales. Ello ha generado que

²¹⁰ En los mismos términos, esta descripción es recogida en el artículo 7.1 d) de la Ley de Asilo española.

²¹¹ *Cfr.* MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada...*, *op. cit.*, p. 171.

²¹² En este trabajo nos referiremos exclusivamente a aquellas solicitudes formalizadas en territorio, bien en la Oficina de Asilo y Refugio o bien en las Comisarías de Policía Nacional radicadas en cada provincia, todos ellos, organismos dependientes del Ministerio de Interior.

²¹³ Art. 23 de la Ley 9/2012 de 30 de octubre. Tras el reciente pronunciamiento del TJUE, de 25 de junio de 2020, en el asunto *V.L.*, también puede formalizarse la solicitud de protección internacional ante el juez de instrucción. Véase, STJUE, de 25 de junio de 2020, asunto *V.L.*, C-36/20 PPU.

las experiencias de persecución de las mujeres tengan difícil encaje dentro de los motivos de persecución de la Convención de Ginebra en aquellos casos en los que no se ajustan al referido paradigma, pues las mismas son percibidas como seres dependientes, es decir, esposas, madres e hijas relegadas a la esfera privada, lo que tradicionalmente las ha desalentado a solicitar protección.

Las mujeres pueden solicitar protección internacional independientemente de su situación administrativa, regular o irregular, incluso mediante ausencia de pasaporte que acredite su nacionalidad. Esta particularidad es aprovechada en ocasiones por las mafias y redes de trata para solicitar protección alegando hechos de persecución falsos con el fin de dar regularidad a su situación administrativa y la de las mujeres captadas en tanto en cuanto no se haya resuelto la solicitud, pudiendo de este modo dar continuidad a su negocio de explotación sexual en el país de acogida.

La comparecencia debe realizarse sin demora y en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español, o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o de sufrir daños graves²¹⁴. Dicho plazo de un mes constituye un primer impedimento para el buen desarrollo del procedimiento, pues las mujeres víctimas de actos de violencia usualmente sufren secuelas psicológicas importantes que les impiden hablar sobre las experiencias traumáticas vividas, especialmente si se encuentran en presencia de varones.

Desde que la mujer o la menor manifiesta su intención de solicitar protección internacional, esta es documentada y se activa el principio de no devolución, de forma que no puede ser expulsada, devuelta o extraditada hasta ser resuelta su solicitud. Además, se le impide el cruce de fronteras y se procede a la toma de huellas dactilares, que se registran en el sistema EURODAC en cumplimiento de lo establecido en el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*, para evitar movimientos secundarios por territorio de la UE. Dicho Reglamento establece como Estado responsable de la solicitud, en principio, al primer país de entrada en territorio de la UE. Además, es de aplicación a las resoluciones emitidas por los órganos competentes en sede europea el *principio de reconocimiento mutuo*, apoyado sobre la base de la confianza

²¹⁴ Art. 17 de la Ley 9/2012 de 30 de octubre.

mutua entre los Estados miembros²¹⁵, que impide que la mujer se dirija a otro Estado para poder iniciar un nuevo procedimiento. Esta limitación supone en cierta manera un elemento discriminatorio y de distorsión de un estándar común de protección de derechos, al hacer depender el nivel de protección de que la entrada se haya producido por Estados miembros más o menos sensibles a las cuestiones de género o con un sistema normativo consolidado de protección de los derechos de la mujer, frente a Estados miembros más conservadores y anclados en estereotipos heteropatriarcales.

Uno de los momentos cruciales del procedimiento es la formalización de la petición mediante una entrevista individual, salvo que la participación de otros miembros de la unidad familiar en la misma se considere imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud²¹⁶. La solicitante, si así lo precisa, debe ser informada de su derecho a recibir asistencia letrada y de interprete cualificado durante la misma. Si bien es indispensable que se cree un espacio seguro y de confianza para que la mujer solicitante exponga libremente su relato de forma clara y precisa, debido a la falta de personal y recursos, las entrevistas suelen a menudo formalizarse ante varones sin formación en materia de género, es decir, con un notable desconocimiento de la condición y la posición que estas mujeres ocupan y el grado de respeto de los derechos humanos del país del que han huido. Además, el intérprete que asiste es aquel que se encuentre disponible en ese momento, independientemente del género, dado que no se puede cubrir la demanda de determinados dialectos hablados particularmente por mujeres africanas, incurriendo así en el grave riesgo de poder distorsionar y mostrar un realidad falseada de los hechos de persecución que justifican su huida forzosa. En definitiva, este contexto dificulta la exteriorización detallada de los abusos y la discriminación sufrida por parte de la víctima. La experiencia demuestra que para conformar un relato verosímil y creí-

²¹⁵ *Cfr.*, ALONSO MOREDA, N., “Significado y alcance del principio de reconocimiento mutuo: “pierda angular” de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, en: *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y protección de datos*, Juana Goizueta Vértiz, Ana Rosa González Murúa y Jose Ignacio Pariente de Prada (Dirs.), Aranzadi Thompsn Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 87-120.

²¹⁶ Debe informarse a la mujer en privado del derecho a una entrevista individual y de la confidencialidad que presidirá la misma, para que pueda expresar sus propias vivencias al margen de la historia de persecución de su pareja. En este sentido, se la protege frente a la violencia machista de la que pueda haber sido víctima, dándole la oportunidad de manifestarlas por separado. Además, se impide que quede indocumentada en el caso de que la pareja desista de la solicitud siendo el titular o decida divorciarse y pierda el estatuto de protección.

ble es necesario crear un ámbito de confianza y confidencialidad entre la persona que entrevista y la solicitante de protección internacional, algo que precisa de tiempo, empatía, comprensión de la idiosincrasia cultural, sensibilidad con las cuestiones de género, respeto y escucha activa.

Asimismo, en la preparación de la entrevista de protección internacional, en la mayoría de ocasiones, se hace necesario construir toda una historia de vida marcada por la violencia. Dicha labor no resulta nada fácil, pues la mujer que ha sobrevivido a la violencia debe interiorizar su nueva realidad y suele tener serias dificultades para expresar los abusos que en demasiadas ocasiones ha asumido como normales, dado que su estándar de tolerancia a la violencia es usualmente alto. Además, suele mostrarse esquiva, desconfiada y reservada como mecanismo defensivo, al obligarle esta situación a revivir experiencias que van acompañadas de un profundo sentimiento de vergüenza. Habitualmente se percibe una gran dificultad para reconstruir mentalmente el relato y una notable falta de coherencia narrativa. Es común que se muestra temor a que el Estado, la familia, la comunidad o las redes y mafias sepan lo que le ha ocurrido verdaderamente, pues en el caso de estas últimas, el riesgo de ser víctimas de asesinato también en el país de acogida es muy elevado.

El relato debe mantener un orden cronológico, coherente y detallado de los hechos, evitando las contradicciones, además de contener una descripción detallada de la situación de violencia y discriminación vividas (agresiones sexuales, maltrato psicológico, amenazas, violencia social y económica), en concreto, si ello se ha experimentado en el seno de la convivencia conyugal, si ha existido o no violencia intrafamiliar, qué hechos desencadenaron la huida y si sus familiares o entorno de amistades ha sido agredido o amenazado, si se ha recibido tratamiento psicológico o ha habido ingresos hospitalarios, denuncias interpuestas o acciones judiciales emprendidas contra los agresores, así como describir la actuación del Estado frente a las mismas; detallar las secuelas que le han quedado y cómo le ha afectado a la autoestima y al estado de ánimo; justificar la imposibilidad de huida interna y la no devolución al país donde han acontecido los hechos violentos; argumentar si tiene conocimiento de que el agresor o agresores la buscan y controlan sus movimientos; si hay peligro de que el agresor o agresores traspasen las fronteras y, finalmente, es deseable que argumente la razón de ser España el país elegido para solicitar protección internacional.

Cuando no se cuenta con este apoyo jurídico, las entrevistas suelen ser un resumen sucinto de los hechos de persecución que no reflejan con exac-

titud las experiencias traumáticas sufridas por la solicitante, pues no son informadas del derecho de asistencia jurídica o, en caso de contar con dicha asistencia, se desconoce cómo debe abordarse una entrevista de protección internacional. Por el contrario, y como se expuso anteriormente, la solicitante debe hacer un relato lo más claro, coherente, preciso y detallado que su situación anímica le permita. Esta cuestión es de suma importancia, ya que la solicitante no tiene obligatoriamente que aportar pruebas de la persecución sufrida o del temor de persecución. En este caso, corresponde a la persona que instruye la solicitud identificar y establecer, a partir del relato expuesto por la solicitante, si existe riesgo en caso de retorno de la víctima a su país de origen y si este riesgo tiene su origen en los motivos recogidos en la Convención de Ginebra, la normativa europea y la nacional aplicable al caso.

Una de las cuestiones más complejas y sensibles en el marco de los procedimientos de protección internacional por motivos de género es acreditar la credibilidad del relato. Por un lado, esto se debe a la dificultad para aportar material probatorio que apoye las situaciones de violencia y de discriminación sufridas por la mujer, que cuenta casi exclusivamente con su testimonio, y, por otro, a la facilidad con la que los responsables de llevar a cabo las entrevistas pueden caer en estereotipos y en representaciones sociales erróneas.

Al término de la entrevista se informa a la mujer de sus derechos y deberes como solicitante²¹⁷ y, a partir de ese momento, la OAR cuenta con el plazo de un mes para decidir si admite o no a trámite la solicitud²¹⁸. Una vez admitida a trámite la solicitud se presentarán, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto con su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Durante este proceso la solicitante dispone de documentación que le autoriza a residir en España y, transcurridos seis meses, obtendrá su autorización de trabajo, sin perjuicio de que pueda notificarse una resolución denegatoria durante ese periodo.

Tras la entrevista, la solicitante cuenta con un plazo para presentar alegaciones, así como para ampliar o corregir datos que se han reflejado en su solicitud. En particular, la práctica por parte de la OAR refleja que, a la hora de instruir expedientes de protección internacional por motivos de género, se tienen en consideración múltiples factores que hacen las veces de material probatorio y que, en determinadas ocasiones, resulta casi imposible obtener, tales como amenazas verbales, agresiones físicas y/o

²¹⁷ Art. 18 de la Ley 9/2012 de 30 de octubre.

²¹⁸ *Ibidem.*, art. 20.

psíquicas contra la mujer incluidos los hijos, informes médicos, peritajes psicológicos, denuncias interpuestas por violencia de género, diligencias de las autoridades judiciales en la tramitación de las medidas cautelares de protección, análisis de fallos judiciales, posicionamientos de las autoridades del país pertinente en materia de protección de la víctima o evaluaciones del riesgo de que el agresor cruce la frontera hacia el Estado de acogida, entre otros. El problema radica en que muchos de estos actos se llevan a cabo en la esfera privada, donde es prácticamente imposible contar con testimonios, fotografías, audios o pruebas físicas, ya que, por temor a represalias, suele optarse por no acudir a centros médicos ni denunciar. Es importante acudir en estos casos a la información del país de origen y analizar cuál es la situación de la mujer en el contexto social y político, y que la persona instructora de la solicitud no interprete la ausencia de material probatorio como sinónimo de ausencia de violación de derechos humanos, ya que cabe recordar que para poder probar la persecución no se exige prueba plena como en los ordenamientos nacionales, piénsese en el Derecho penal, sino que basta con una prueba indiciaria.

De nuestra experiencia cabe señalar que el problema radica en cómo se interpreta la prueba en este tipo de solicitudes. Es comúnmente aceptado en la práctica que, cuando un informe refleja la situación de discriminación y violencia existente en un país, que expone a las mujeres a vulneración de sus derechos de manera sistemática y continuada, el temor se entiende fundado. Sin embargo, cuando esos informes dejan entrever, como sucede en la mayoría de informes de los distintos Comités de Naciones Unidas, los progresos realizados por el Estado en este ámbito o no reflejan, entre otras cuestiones, cual es la condición o posición de la mujer en un determinado país, la incidencia de la violencia sexual, la imbricación de las redes o mafias en la estructura del Estado, el grado de protección disponible para las mujeres o las consecuencias que una devolución conllevaría para la vida o integridad física o psíquica de una mujer, quizás el temor a sufrir un daño grave no acabe siendo considerado fundado por parte de la OAR o en sede judicial.

En caso de que una mujer obtenga el reconocimiento de protección internacional, la OAR ni publica tal resolución ni tiene obligación de motivarla en virtud del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*²¹⁹. En tales circunstancias, se hace difícil para las asesoras jurídicas

²¹⁹ Art. 54 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: 1. Serán motivados, con su-

conocer los criterios de los que se han valido para fundamentar tal reconocimiento, lo que dificulta en gran medida la defensa de los casos. Además, la práctica demuestra que, en situaciones similares y transcurrido un tiempo, la OAR ha variado su postura respecto de un país y respecto del tipo de protección que ha otorgado, lo que genera gran inseguridad jurídica para las mujeres solicitantes. En este sentido, nos vemos obligadas a recurrir a la motivación que sí encontramos en las denegaciones de protección, pues las mismas limitan derechos subjetivos y, por lo tanto, en virtud del citado artículo, requieren tal fundamentación.

La mayoría de solicitudes de protección internacional son denegadas por no haber presentado “ningún documento acreditativo de la nacionalidad” de la solicitante, al menos indiciariamente, o por no encontrarse la violencia de la que ha sido víctima “dentro de los supuestos merecedores de protección internacional”, en la medida en que el artículo 6.1. a) de la ley 12/2009 determina que “deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales”, lo que aboca en muchas ocasiones a que lo alegado por la solicitante no pueda considerarse “como propio de una problemática de la entidad de una persecución de carácter personal y concreta, ni conforme al contexto [del país en cuestión], ni conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951 ni en la Ley 12/2009”.

En relación con el presente apartado, cabría concluir de forma particular la necesidad de invertir recursos en la capacitación de todas las personas que intervienen en el procedimiento de protección internacional, especialmente en cuestiones de género. Es necesario, a su vez, que los datos estadísticos sobre solicitudes de protección internacional sean desagregados por sexo, nacionalidad y motivo de persecución en su conjunto, dado que en España siguen brillando por su ausencia, aun cuando venga esta-

cinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: “a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley; e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos; f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”. *BOE*, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

blecido por mandato europeo²²⁰. Sin duda, dicha labor ayudaría a realizar un análisis de los países de los que más mujeres huyen de la persecución por razón de género y conocer si en ellos se dan progresos o retrocesos en cuanto a su protección o al reconocimiento o limitación de derechos que se produzca a lo largo del tiempo.

6. CONCLUSIONES

Frente al cada vez mayor número de mujeres que huyen de sus países en busca de protección por motivos de género, el Derecho internacional debe poner mayor esfuerzo en dar adecuada respuesta a las graves violaciones de derechos humanos de las que estas son víctimas y armonizar, en la medida de lo posible, el sistema normativo de derechos y garantías formales existente con el goce real y efectivo de los mismos. Un primer paso en este sentido debe venir de la mano de la consolidación de un *corpus* jurídico vinculante para los Estados frente al actual acervo jurídico sustentado en normas de *soft law* sobre el que pivota en su mayor parte la protección de las mujeres y las niñas, como tales, en el Derecho internacional. En este sentido, es primordial que tal normativa consolide, de una vez por todas, el reconocimiento de que todo tipo de acto de violencia contra estas, incluso aquel que tiene lugar dentro de la esfera privada, equivale a una violación flagrante, prolongada y sistemática de derechos humanos cuando es consentida o tolerada por un Estado.

A su vez, el hecho de que la solicitud de protección internacional por motivos de género sea analizada de forma usual desde el prisma de la persecución por “pertenencia a grupo social determinado”, requiere una revisión profunda y, de forma particular, la asunción de la existencia de una discriminación interseccional en relación con las mujeres, dejando a un lado visiones que ignoran que estas desempeñan un papel primordial e influyente, además de activo, en la vida social y política de cualquier país, y que la trasgresión de normas y costumbres sociales y religiosas puede interpretarse como la manifestación pública de una opinión política que enfrente a las mujeres a ser víctimas de persecución con base en diversos

²²⁰ Reglamento n° 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) no 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros. DO, L 199, de 31 de julio de 2007.

motivos que fundamentan el reconocimiento de su condición de personas refugiadas.

En el marco del procedimiento, el avance en la salvaguarda de los derechos de las solicitantes de protección internacional pasa por que, a la hora de valorar la prueba, se tenga en consideración que la ausencia de elementos materiales de prueba que reflejen la situación de discriminación y violencia existente en un país, el grado de protección disponible para las mujeres o las consecuencias que una devolución conllevaría para la vida o integridad física o psíquica de una mujer, no debe determinar que el temor a sufrir un daño grave sea infundado. En este sentido, debe analizarse la solicitud desde una perspectiva de género, teniendo en consideración las experiencias de la mujer y la gravedad de los hechos que relata.

Una herramienta imprescindible a estos efectos resulta el que los propios organismos competentes en fase de instrucción motiven las concesiones de protección internacional de forma que se genere una jurisprudencia sobre la que apoyarse que redunde en una mayor seguridad jurídica. En la misma línea, es primordial que los datos estadísticos sobre protección internacional reflejen esta realidad de la forma más real y específica posible, con datos desagregados por sexo, nacionalidad y motivo de persecución, ya que dicha labor redundaría en un mejor conocimiento y una mayor seguridad a la hora de identificar aquellos países de los que mayor número de mujeres huyen por razón de género y supervisar de forma más efectiva si en ellos se dan progresos en la protección que se otorga a las mismas o en cuanto al reconocimiento de sus derechos.

En todo caso, más allá de estas y otras propuestas presentadas a lo largo de este trabajo, ante los intentos generalizados por restringir el derecho de asilo que vivimos particularmente en nuestra “Europa fortaleza” en estos últimos tiempos, conviene recordar la necesidad de seguir luchando en favor del reconocimiento de la persecución que mujeres y niñas sufren en sus países de origen por el simple hecho de pertenecer a dicho colectivo, facilitando así que se garantice un acceso cada vez más efectivo al derecho al asilo y haciendo que las experiencias traumáticas vividas a manos de sus agresores se traduzcan en un reconocimiento de la vulneración de sus derechos más fundamentales con el reconocimiento de la protección internacional por motivos de género.