

LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS. UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA ÚLTIMA DÉCADA

FOREIGN WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE. A STUDY ON THE EVOLUTION OF IMMIGRATION LAW AND INTERNATIONAL PROTECTION IN THE LAST DECADE.

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS*

Sumario: I. LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: REFORMAS DESTACABLES EN LA ÚLTIMA DÉCADA. II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE CIUDADANOS EUROPEOS: LA “FAMILIA EXTENSA”. III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”, LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y DE VIOLENCIA SEXUAL. IV. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA PERSECUCIÓN POR MOTIVO DE “IDENTIDAD SEXUAL” Y EL NUEVO REGLAMENTO DE ACOGIDA. V. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN: Las mujeres extranjeras residentes en España presentan un perfil de especial vulnerabilidad ante la violencia debido a una serie de factores relacionados con su propio proyecto migratorio, por lo que merecen un tratamiento legal diferenciado en la legislación española, incluyendo el ámbito de la extranjería y la protección internacional. El legislador español no fue siempre consciente de esta necesidad, pero en los últimos años se han adoptado normas con perspectiva de género en este campo, que se estudian en este trabajo diferenciando tres escenarios: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional. Realizaremos un análisis crítico de las normas más destacables dirigidas a proteger a las mujeres extranjeras víctimas de violencias, centrando el periodo temporal en las posibles novedades acontecidas en la última década. Finalizaremos con una valoración en la que destacaremos las soluciones que se consideran positivas, otras negativas y algunas propuestas de mejora.

ABSTRACT: *Foreign women residing in Spain present a profile of special vulnerability to violence due to a number of factors related to their own migratory project, so that they deserve a differentiated legal treatment in Spanish legislation, including the scope of Immigration Law and the International protection regime. The Spanish legislator has not always been aware of this need, but in recent years regulations with a gender perspective have been adopted in this field. They will be studied in this paper distinguishing three different scenarios: the European citizens regime, the general immigration regime and the international protection system. We will carry out a critical analysis of the most notable regulations aimed at protecting foreign women victims of violence, focusing the time period on the possible developments that have occurred in the last decade. The last epigraph will tackle the positive and negative assessment of the main solutions and some proposals for improvement.*

Fecha de recepción del trabajo: 21 de julio de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de noviembre de 2023.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universitat de València (carmen.azcarraga@uv.es).
Todas las páginas Web consultadas en este estudio han sido revisadas a fecha 20 de julio de 2023.

PALABRAS CLAVE: Extranjería, protección internacional, mujeres extranjeras, derechos humanos, víctimas de violencia, violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos.

KEYWORDS: *Immigration Law, International Protection, Foreign women, Human Rights, Violence victims, Gender violence, Sexual violence, Human trafficking.*

I. LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: REFORMAS DESTACABLES EN LA ÚLTIMA DÉCADA

Toda mujer merece amparo frente a situaciones de violencia, independientemente de su nacionalidad. Partiendo de esa premisa, el presente trabajo se centrará en las violencias sufridas por las mujeres extranjeras residentes en nuestro país debido a las particulares circunstancias que rodean su proyecto migratorio. Sabemos que determinados factores favorecen perfiles de una mayor vulnerabilidad —sobre todo, aunque no solo, las que se hallan en España en situación administrativa irregular— lo que puede dificultar su salida de contextos violentos. Es por ello por lo que pueden verse necesitadas de una especial protección en términos jurídicos, requiriendo por ello un tratamiento legal diferenciado.

Factores tales como la dependencia económica o jurídica del agresor, la ausencia de redes familiares y de apoyo, la falta de conocimiento del idioma y de información acerca de los derechos que les asisten, la desconfianza hacia las autoridades y la policía, o la procedencia de culturas fuertemente patriarcales donde se normaliza la violencia contra las mujeres, pueden incidir en la decisión y en la viabilidad de alejarse de la violencia sufrida. Por el contrario, algunas de ellas puede que se decidan a romper con esa situación tras iniciar un cambio de perspectiva desde el punto de vista cultural, al descubrir una nueva realidad social y jurídica que otorga a la mujer un papel diferente en la sociedad y en la familia, con mayor libertad¹. Asimismo, realidades tan graves como la trata de seres humanos o la persecución por motivos de género en el ámbito del asilo impactan especialmente, como veremos, en este colectivo de personas.

El legislador español no fue siempre consciente de la necesidad de contar con una legislación específica que abordara esta problemática con el fin de proteger legalmente y en la práctica a las extranjeras víctimas de violencias. No obstante, con el tiempo ha ido adoptando normativa en este sentido tal y como tuvimos la oportunidad de explicar en una contribución anterior², en la que se realizó un estudio de la normativa existente en España en aquel momento en el marco del Derecho de extranjería y la protección internacional poniendo el foco en determinadas situaciones de violencia que sufren especialmente las mujeres inmigrantes.

Ahora, transcurrida una década desde aquel estudio, nos preguntaremos si ha habido alguna novedad que haya podido mejorar el marco jurídico estudiado en el pasado, analizando de

1 SOTO MOYA, M., “Ciudadanía, familia y mujer inmigrante víctima de violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 42, 2008, pp. 177-198, pp. 193 a 195.

2 AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo” en VERDERA IZQUIERDO, B. (coord.), *El principio de igualdad ante el Derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2013.

forma crítica antiguas y nuevas soluciones desde una perspectiva de género y de derechos humanos, e identificando aquellos aspectos que, a nuestro juicio, merecen todavía una revisión.

Con este fin, dividiremos el estudio en los mismos tres escenarios previstos en aquella publicación: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional.

El análisis de las posibles novedades adoptadas en la última década en los regímenes anteriormente expuestos exige la previa delimitación de las fuentes legales reguladoras de cada uno de ellos, así como el examen de las eventuales reformas que pudieran haber sufrido en los últimos diez años. Ello nos permitirá identificar posibles novedades que pudieran afectar al objeto de estudio.

En primer lugar, en el caso del régimen de ciudadanos europeos deberemos examinar el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³ (RD 240/2007). Desde el año 2013 ha sido reformado en una ocasión, en 2015, por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴. Analizaremos si tal modificación ha podido tener alguna incidencia para determinadas mujeres que recaen en el ámbito de aplicación personal de esta normativa.

En segundo lugar, el régimen general de extranjería se conforma principalmente por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵ (LOEx) y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (RLOEx). Ambos textos legales han sido reformados en múltiples ocasiones desde su aprobación. En la década que nos ocupa destacaremos las modificaciones de la LOEx que más interesan al objeto de estudio, efectuadas por las siguientes normas por orden cronológico: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana⁷, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁹.

En tercer y último lugar, el escenario con el que finalizaremos se refiere al régimen de protección internacional, que incluye el derecho de asilo y la protección subsidiaria tal y como regula la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia-

3 BOE núm. 51, de 28.02.2007.

4 BOE núm. 268, de 09.11.2015.

5 BOE núm. 10, de 12.1.2000.

6 BOE núm. 103, de 30.04.2011.

7 BOE núm. 77, de 31.03.2015.

8 BOE núm. 175, de 23.07.2015.

9 BOE núm. 215, de 07.09.2022.

ria¹⁰ (LAPS) y el Real Decreto 203/1995¹¹, que constituye el Reglamento de desarrollo de la Ley de asilo anterior de 1984 a la espera de que se adopte el correspondiente a la “nueva” Ley. En la última década, la LAPS ha sido reformada en cuatro ocasiones, de las cuales interesa subrayar la modificación más reciente, en virtud de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI¹². También mencionaremos brevemente el nuevo Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional, en la medida en que pueda contener disposiciones específicamente orientadas a las mujeres dentro de su ámbito de aplicación.

Partiendo de este marco jurídico examinaremos a continuación por separado cada uno de los tres regímenes señalados y las principales novedades que afectan a la situación legal de las extranjeras en nuestro país.

II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE CIUDADANOS EUROPEOS: LA “FAMILIA EXTENSA”

El RD 240/2007, regulador del llamado “régimen europeo o comunitario”, contempla las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE) (Islandia, Noruega y Lichtenstein) (artículo 1 RD 240/2007). A estos hay que añadir a los nacionales de Suiza en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas de 21 de junio de 1999¹³ (Disposición Adicional Tercera RD 240/2007)¹⁴.

Además, junto con estas personas, que se reconocen como beneficiarias directas de un régimen que es considerado “privilegiado” respecto al general de extranjería, también pueden ampararse en el mismo de forma indirecta los miembros de sus familias que recoge el mismo texto legal, siendo precisamente dentro de la normativa aplicable a este colectivo de personas donde el legislador español ha incluido ciertas previsiones que tienen por objeto proteger legalmente desde el punto de vista de la extranjería a las extranjeras víctimas de violencias que residen en España.

Empecemos por delimitar qué miembros de la familia quedan cubiertos por este régimen. El RD 240/2007 se aplica también a ciertos familiares de las personas anteriormente mencionadas cuando las acompañen o se reúnan con ellas, con independencia de su nacionalidad,

10 BOE núm. 263, de 31.10.2009.

11 BOE núm. 52, de 02.03.1995.

12 BOE núm. 51, de 01.03.2023.

13 BOE núm. 148, de 21.06.2002.

14 En aras de simplificar la explicación de esta normativa utilizaremos los términos régimen o nacional “europeo o comunitario” de forma indistinta para hacer referencia a esta normativa y a los colectivos de personas que se rigen por la misma, debiendo entenderse que incluyen también a los nacionales de los países cubiertos que no pertenecen a la Unión Europea.

teniendo en cuenta, además, que la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de junio de 2010¹⁵ clarificó que este régimen es asimismo de aplicación a los familiares extracomunitarios de los nacionales españoles.

Los familiares que se contemplan dentro de su ámbito de aplicación subjetivo se recogen inicialmente en el artículo 2 RD 240/2007 y, como novedad acontecida en el periodo temporal objeto de estudio, también ahora en el artículo 2 bis introducido por el citado Real Decreto 987/2015, que amplió el alcance personal de este instrumento. En el artículo 2 se han incluido tradicionalmente a las siguientes personas (en la redacción promovida por la citada STS de 2010, que declaró nulos algunos incisos del texto originario):

- a) el cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o el divorcio (art. 2.a);
- b) la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el AEEE y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Se añade además que las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí (art. 2.b);
- c) los descendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de la pareja, que sean menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces (art. 2.c), y finalmente,
- d) los ascendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada, que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de la pareja (art. 2.d).

Además de estos familiares, como señalábamos antes, se añadieron posteriormente otras categorías de personas susceptibles de beneficiarse de manera indirecta del régimen europeo, que se relacionan actualmente en el artículo 2 bis RD 240/2007 en calidad de “familia extensa” tal y como reconoce el Preámbulo del RD de 2015 que introdujo esta novedad. Nos referimos en concreto a:

- a) los miembros de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2, que acompañen o se reúnan con el ciudadano europeo y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias: 1. Que en el país de procedencia estén a su cargo o vivan con él; o bien, 2. Que por motivos graves de salud o de discapacidad sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo de su cuidado personal.
- b) y finalmente, la pareja de hecho —no registrada— con la que el europeo mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el aparta-

15 RJ 2010\5470.

do 4.b) del mismo artículo 2 bis). Así, se entenderá “pareja estable” aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero, en todo caso si se prueba un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

Delimitado el alcance personal del RD 240/2007, procede recordar que el mismo contempla ciertas disposiciones que se refieren a circunstancias que pueden afectar en particular a las mujeres inmigrantes en cuanto familiares de los ciudadanos de los países europeos antedichos, y ello desde 2015 tanto en su concepción estricta —artículo 2— como extensa —artículo 2 bis—.

Al respecto resulta necesario entender que la autorización para residir en España de estas mujeres depende de la relación de parentesco que les une al beneficiario directo, de modo que las vicisitudes que pudieran afectar tanto a este como a su relación podrían incidir en su situación administrativa en nuestro país. Dentro de este régimen, las mujeres no europeas viven situaciones de dependencia jurídica, y algunas también económica e incluso psicológica, en ocasiones respecto de personas que les agreden y favorecen su condición de víctimas de violencia. En determinadas realidades complejas en las que les puede resultar muy difícil solicitar ayuda, el legislador ha de intervenir. Y así sucedió desde la redacción originaria del RD 240/2007, en parte por impulso del legislador europeo al transponer la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁶.

El RD 240/2007 se ocupa de romper la dependencia jurídica del familiar (o de la familiar concretamente, dependiendo del supuesto) respecto del ciudadano europeo impidiendo que se vea afectada su residencia en España por ciertas circunstancias vinculadas a la vida del beneficiario directo o a la relación que les une, al regular en el artículo 9 el “Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja *registrada*¹⁷, en relación con el titular del derecho de residencia”¹⁸.

Esta disposición, que, como señalábamos anteriormente, existe desde la versión inicial del RD 240/2007, ha visto extendido su ámbito de aplicación personal en el periodo que estamos analizando al haberse ampliado el concepto de “miembro de la familia” por mor del artículo 2 bis RD 240/2007, lo que implica en la práctica que más mujeres extranjeras, algunas víctimas de violencias, han podido beneficiarse desde 2015 del derecho a conservar la residencia del régimen comunitario en determinadas circunstancias previstas por la norma. Hoy, se han incluido más modelos de familia y ello implica, por lo que respecta a las parejas, no solo al

16 DOUE L 229, de 29.06.2004.

17 Entendemos que la exigencia de registro de la pareja ha quedado superada por la inclusión desde 2015 de la “pareja de hecho no inscrita con relación estable debidamente probada” del artículo 2 bis del RD 240/2007, por lo que eliminaremos esta referencia o añadiremos el nuevo modelo familiar en la explicación de los supuestos que contempla el artículo 9 del RD 240/2007.

18 La redacción actual proviene del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 285, de 26.11.2011.

cónyuge o miembro de pareja de hecho registrada, sino también las conformadas por parejas no inscritas con relación estable.

De este modo, si el nacional de alguno de los países europeos señalados fallece o sale del país, la norma dispone que el cónyuge o miembro de la pareja podrá conservar su autorización de residencia en España si se dan los requisitos contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo para cada una de esas dos situaciones. En el supuesto de fallecimiento, conservarán la residencia si han residido en España en calidad de miembros de la familia antes del fallecimiento del titular del derecho. Por otro lado, por lo que respecta tanto a la salida de España como al fallecimiento del ciudadano europeo, tales circunstancias no supondrán la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga atribuida la custodia efectiva de estos, con independencia de su nacionalidad, siempre que estos residan en España y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, hasta su finalización.

Junto con lo anterior, en el caso de nulidad matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada —o, añadiríamos, de la separación, si no está inscrita—, el familiar no europeo podrá conservar el derecho de residencia si se acredita alguno de los cuatro supuestos mencionados en el precepto. Uno de ellos exige un periodo determinado de vigencia del matrimonio o pareja, dos se relacionan con el ejercicio del derecho de custodia o visita respecto de los hijos, y un cuarto se refiere a contextos de violencia. Se trata de los siguientes, alterando el orden recogido en la norma a efectos expositivos; dejamos para el final las situaciones de violencia contempladas en la letra c):

- a) Duración de al menos tres años del matrimonio o la pareja, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción de la pareja —o de la separación, si no está inscrita—, de los cuales deberá acreditarse que al menos durante uno de ellos ha estado en España.
- b) Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario al excónyuge o expareja que no sea nacional de los países cubiertos.
- c) Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita al hijo menor de la persona no europea, cuando el niño o niña resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

En cuarto lugar, la letra c) del artículo 9 RD 240/2007 reconoce que el familiar no europeo podrá conservar el derecho de residencia en el caso de nulidad matrimonial, divorcio o fin de la pareja ante la existencia de “*circunstancias especialmente difíciles*”, tales como: 1. Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja; y 2. Haber sido sometido a trata de seres humanos por el cónyuge o pareja durante el matrimonio o situación de pareja.

En ambos supuestos¹⁹ se prevé la acreditación provisional de estas circunstancias y la posterior confirmación de estas con carácter definitivo. En el primer caso se acreditarán provisional-

19 El artículo 13.2 c) de la Directiva 2004/38/CE dispone que el divorcio, la nulidad matrimonial o el fin de la pareja registrada no supondrá la pérdida del derecho de residencia del familiar “*cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante*

mente cuando exista una orden de protección a favor de la mujer o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género y en el segundo cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado (sic) y su familiar la de posible víctima. Ambas situaciones se considerarán acreditadas con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido efectivamente las circunstancias alegadas.

En conclusión, las mujeres extranjeras extracomunitarias cubiertas por el régimen de ciudadanos europeos en calidad miembros de la familia encuentran en el mismo una normativa que les permite conservar su derecho a residir en España en situación administrativa regular regida por este mismo régimen ante circunstancias que afectan a la persona —fallecimiento, salida de España— o a la relación de parentesco de la que dependen —crisis matrimoniales o de pareja—, incluyendo determinadas situaciones de violencia producidas precisamente por la persona a la que están vinculadas jurídicamente (además de económica y psicológicamente en muchos casos), lo que dificultaría las opciones que tendrían de escapar de estos escenarios de no existir tal normativa. Se trata pues de un régimen acertado del que se pueden beneficiar actualmente tanto las mujeres casadas como las que se hallen en situación de pareja de hecho, registrada o no, siempre que cumplan los requisitos exigidos a las relaciones estables a estos efectos.

III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”, LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y DE VIOLENCIA SEXUAL.

Tal y como se ha adelantado *supra*, en los diez últimos años son tres principalmente las reformas de la LOEx que inciden especialmente en situaciones que pueden sufrir mujeres extranjeras a las que no resulta de aplicación el régimen de ciudadanos europeos. Se refieren —cronológicamente— a los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla, a la regulación de la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de violencia sexual.

1. Las mujeres víctimas de las “devoluciones en caliente”.

Comencemos por el “Régimen especial de Ceuta y Melilla” contenido en la Disposición adicional décima de la LOEx. Esta normativa fue introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que procedió, tras años de alegalidad, a “habilitar jurídicamente” una controvertida práctica en frontera que genera dudas desde la perspectiva de los derechos humanos de los que son titulares los migrantes que pretenden

el matrimonio o la unión registrada”. Nótese por lo tanto que en el Derecho español se habla de “violencia de género” (y no doméstica), además de haberse extendido a situaciones de sometimiento a trata de seres humanos por la pareja.

alcanzar territorio español por puestos no habilitados de esas ciudades: las conocidas como “devoluciones en caliente”²⁰.

El primer apartado de tal Disposición señala que “1. *Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*”. Se prevé por lo tanto el “rechazo en frontera” de las personas extranjeras que sean detectadas en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención para cruzar irregularmente la frontera, unos hechos que por desgracia suceden con cierta frecuencia en tales demarcaciones geográficas, en algunas ocasiones para repeler saltos masivos con resultados trágicos²¹.

Las devoluciones en caliente han sido objeto de jurisprudencia reciente a destacar. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre su adecuación al artículo 13 del Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²² (CEDH) relativo al derecho a un recurso efectivo y al artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH de 1963²³ sobre la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y el Tribunal Constitucional español (TC) sobre la constitucionalidad de la norma que consagró legalmente estas prácticas. En ambos casos a raíz de unos hechos acontecidos en 2014 en la ciudad de Melilla (antes, por lo tanto, de la inclusión de la normativa cuestionada en la LOEx), cuando en agosto de ese año un grupo numeroso de personas, entre los que se encontraban los demandantes, trató de alcanzar territorio español a través de la valla fronteriza con Marruecos.

La Gran Sala del TEDH se pronuncia sobre estas devoluciones en la Sentencia de 13 de febrero de 2020 en el asunto *N. D. y N. T. c. España*, que resuelve el recurso presentado por el Gobierno de España a una sentencia previa de la sección tercera del mismo Tribunal de 3 de octubre de 2017. En 2020, el TEDH mantiene, a diferencia de la sentencia anterior y a pesar de lo suscrito en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2299 de 2019²⁴, que no se han vulnerado los preceptos anteriormente señalados del CEDH y del

20 APARICIO WILHELMI, M., “Las “devoluciones en caliente” y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea”, *Oñati socio-legal series*, Vol. 13, nº 3, 2023, pp. 936-953. El autor considera en las pp. 940-941 que asistimos a “un paulatino vaciamiento de las garantías esenciales que deben asistir a las personas migrantes y solicitantes de protección internacional”, y dentro de ese marco “Uno de los escenarios de tal vaciamiento lo encontramos no solamente en las sistemáticas prácticas de devoluciones en caliente, sino en el intento de habilitar jurídicamente tales acciones”.

21 El 24 de junio de 2022 fallecieron en la frontera de Melilla con Marruecos al menos 37 personas, 77 aún se encuentran desaparecidas y se produjeron 470 devoluciones ilegales y sumarias. Como denuncian desde AMNISTÍA INTERNACIONAL, un año después todavía no se han esclarecido los hechos ni se han depurado responsabilidades. SENANTE, A., “Tragedia en la valla de Melilla: Un año de impunidad tras la masacre”, 26 de junio de 2023. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tragedia-en-la-valla-de-melilla-nunca-mas/>.

22 BOE núm. 243, de 10.10.1979.

23 BOE núm. 247, de 13.10.2009.

24 Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2299 (2019): “Pushback policies and practice in Council of Europe member States”, apartado 4: “The Parliamentary Assembly is concerned

Protocolo nº 4, entendiendo por ende que en este caso en particular no se habían violado los derechos a un recurso efectivo y a la prohibición de devoluciones colectivas de extranjeros.

Se posiciona además sobre diversos aspectos de interés a la hora de interpretar la Disposición adicional décima de la LOEx. Por un lado, delimita el concepto de “expulsión colectiva”: se considerará como tal cuando no exista un “análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo”. Por otro lado, precisa el concepto de “jurisdicción” a efectos de determinar si efectivamente los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción española, como así consideró en este asunto²⁵. A pesar de lo anterior, el Tribunal confirma la correcta actuación de España con base en dos argumentos principalmente: la llamada “doctrina de la conducta culpable” y la existencia de cauces legales y efectivos para la realización de trámites de extranjería y protección internacional.

En primer lugar, la “doctrina de la conducta culpable” se refiere a la propia actuación de los demandantes. Estos, según asegura el Tribunal, se colocaron en una situación de ilegalidad que impidió el procedimiento individualizado y el acceso al recurso, poniéndose en peligro ellos mismos participando en el asalto a la valla prevaleciéndose de ser un grupo numeroso y del uso de la fuerza²⁶. En segundo lugar, el alto Tribunal confirma la correcta actuación de las autoridades españolas debido a la existencia de cauces legales y efectivos para solicitar asilo o un visado en los países de origen, de tránsito o incluso en Marruecos, un argumento que ha sido fuertemente criticado por su nula virtualidad en la práctica, sobre todo ante las dificultades de acceso a los puestos habilitados por parte de las personas migrantes de origen subsahariano²⁷.

about the persistent and increasing practice and policies of pushbacks, which are in clear violation of the rights of asylum seekers and refugees, including the right to asylum and the right to protection against refoulement, which are at the core of international refugee and human rights law. In view of the gravity of the human rights violations involved, the Assembly urges member States to provide adequate protection to asylum seekers, refugees and migrants arriving at their borders, and thus to refrain from any pushbacks, to allow for independent monitoring and to fully investigate all allegations of pushbacks”. Disponible en <https://pace.coe.int/pdf/a6955e47abc67f0dc172df6d1a874060dd0541c35ffb5e496e1cd54384f42b19/res.%202299.pdf>.

- 25 El Gobierno español fundamentó las devoluciones en caliente en el concepto de “frontera operativa”, según el cual «la jurisdicción española comienza únicamente cuando los migrantes han cruzado las tres vallas que conforman el sistema fronterizo y han traspasado la línea policial», un argumento que rechazó la Gran Sala del TEDH, al igual que el TC posteriormente, que defendió que el concepto de frontera no puede ser establecido de forma discrecional por la Administración española. ACOSTA PENCO, T., “El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del «rechazo en frontera». Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, N. D. y N. T.c. España” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, nº 2, 2021, pp. 373-380, pp. 375-376.
- 26 VACAS FERNÁNDEZ, F., “Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿Aval judicial a un “derecho de excepción” permanente en materia de protección internacional de personas?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, nº 2, 2021, pp. 365-372, p. 368. Este autor considera en la p. 370 que este argumento criminaliza a la víctima a través de “una presunción de culpabilidad casi *iuris et de iure*, pues la prueba en contrario que se exige es diabólica”.
- 27 Las graves dificultades de acceso que viven las personas migrantes, principalmente si son subsaharianas, es “un hecho notorio” según MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las “devoluciones en caliente” tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Jueces para la democracia*, Nº 97, 2020, pp. 61-71, p. 64. También se critica que la STEDH obvia las múltiples denuncias que señalan cómo

Por lo anterior, la STEDH de 2020 en el asunto *N. D. y N. T. c. España* ha supuesto para algunos “un clarísimo punto de inflexión en su respuesta ante una política migratoria europea volcada de manera creciente en el reforzamiento de los mecanismos orientados a impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo”²⁸, una postura, de sentido contrario a la instancia inferior²⁹, que se debe seguramente a la presión política recibida por el Tribunal³⁰ y que se reflejaría, de nuevo, unos meses más tarde en la jurisprudencia constitucional dictada en España interpretando la Disposición adicional décima de la LOEx.

Esta norma fue declarada acorde a la Constitución Española (CE) por Sentencia del TC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020³¹, y confirmada posteriormente por la Sentencia del TC 13/2021, de 28 de enero de 2021³². La primera de estas decisiones explica en su FJ 8 C) que tal previsión “permite que la administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera” por la singularidad de su ubicación geográfica, no considerando que la medida sea “irrazonable o que carezca de justificación”. Ahora bien, tal y como señala en ese mismo fundamento jurídico la STC de 2020, así como la propia Disposición adicional décima en su apartado 2, la constitucionalidad se respetará siempre y cuando su aplicación en la práctica se realice respetando determinadas condiciones.

De acuerdo con la Disposición adicional décima, apartado 2, “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”. Y junto con ello, la referida Sentencia del TC de 2020 señala que el rechazo resultará conforme a la CE siempre que se interprete de acuerdo con los siguientes criterios: a) Aplicación a entradas individualizadas, b) Pleno control judicial; y c) Cumplimiento de las obligaciones internacionales, unas condiciones que según el propio Voto Particular contenido en la Sentencia son imposibles de cumplir ya que no concuerdan con la realidad que se vive en esas fronteras³³. La misma valoración —la imposibilidad de cumpli-

las personas migrantes de origen subsahariano ven recurrentemente impedido su acceso a los puntos habilitados por parte de la policía marroquí, en APARICIO WILHELMI, M., “Las “devoluciones en caliente” y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea”, *cit.*, p. 945.

28 SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72, nº 2, 2020, pp. 235-259, p. 256.

29 El TEDH en su Sentencia de 2017 consideró que estas actuaciones eran expulsiones colectivas prohibidas por los artículos 4 del Protocolo nº 4 del CEDH (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros) y 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo). FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 109-208, p. 199.

30 Junto con el Gobierno español en el procedimiento se personaron también otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea como Italia, Francia y Bélgica.

31 RTC 2020\172.

32 RTC 2021\13.

33 Voto particular emitido por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón: “En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e

miento— merece para la Magistrada la afirmación vertida en la Sentencia según la cual “de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que (...) los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables”, en particular las mujeres embarazadas, los niños —sobre todo los no acompañados por sus familiares³⁴—, las personas con discapacidad o de avanzada edad.

Al respecto resulta importante subrayar que el artículo 58.4 II LOEx ordena que no sean devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre, luego *sensu contrario* se entiende que la Ley permite la devolución de mujeres en estado de gestación. En esta Sentencia del TC las considera “personas especialmente vulnerables”, una categorización oportuna siempre y cuando se cumplan en la práctica todas las condiciones antes expuestas, algo que parece poco realista en las circunstancias en que se suelen producir estos hechos. La realidad evidencia que no se está velando por el cumplimiento de estas obligaciones, y, de hecho, hace años que se denuncia tanto desde la academia como desde el terreno, que en esta clase de prácticas —que se dan a nivel europeo, no solo en España— se está vulnerando normativa nacional e internacional que consagra garantías y derechos de los que son titulares las personas extranjeras, también en las fronteras con Ceuta y Melilla.

El derecho a la asistencia letrada, a un intérprete si no se comprende el idioma o a la asistencia jurídica gratuita, son reconocidos por el artículo 22 LOEx a las personas extranjeras sujetas a procedimientos de expulsión o devolución. Derechos que, ante una devolución sumaria como las que se producen en estos casos, en ausencia además de cualquier tipo de procedimiento, son “vulnerados de manera flagrante”³⁵. Se ha considerado por ello que estas prácticas constituyen una patente violación de la tutela judicial efectiva de estas personas (artículo 20 LOEx)³⁶, no amparadas en ningún momento, además, por los Acuerdos firmados entre España y Marruecos sobre la circulación y la readmisión de extranjeros (1992) o en materia de emigración ilegal de menores no acompañados (2007)³⁷.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto”.

- 34 Esta puntualización nos lleva a recordar los acontecimientos vividos en Ceuta en el verano de 2021, cuando miles de nacionales marroquíes entraron en territorio español, incluyendo decenas de niños y niñas sin familiares, que fueron devueltos a Marruecos sin respetar las mínimas garantías que permitieran proteger su interés superior. Tras analizar los hechos, la legislación aplicable y la jurisprudencia dictada al respecto, en SOLER GARCÍA, C., “La protección de los menores extranjeros no acompañados en la crisis de Ceuta de 2021: un análisis a la luz del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 58, 2022, pp. 152-202, p. 202, se concluye que “ni las más adversas situaciones de afluencia migratoria, como la sufrida por España en mayo de 2021, pueden justificar la actuación de las autoridades españolas, manifiestamente contraria a las obligaciones internacionales y europeas basadas en el interés superior del menor”.
- 35 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 194.
- 36 CUADRÓN AMBITE, S., “Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, pp. 381-387, p. 386, considera que estas devoluciones inmediatas ejecutadas en Ceuta y Melilla infringen “de forma patente” el derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de la interpretación que establece el Tribunal Constitucional.
- 37 Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992.

A mayor abundamiento, las devoluciones ejecutadas en tales enclaves no aseguran la identificación individualizada de las personas que tratan de superar las vallas fronterizas, considerando pues sistemáticamente a todas ellas como migrantes irregulares que tratan de entrar ilegalmente a territorio nacional, dando lugar con ello a una “deficiente evaluación” de sus perfiles que priva a ciertas personas de la protección debida (como potenciales víctimas de trata o solicitantes de asilo) aplicándoseles directamente “severas legislaciones de extranjería” que solo atienden a su situación irregular y a la protección de la seguridad estatal, por delante de su condición de víctimas³⁸. Esta cuestión fue objeto de la STEDH en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, que obliga a los Estados al análisis individualizado de la situación de cada persona que pretende entrar irregularmente. Lo contrario viola el CEDH, que el alto Tribunal recuerda que es plenamente aplicable a todas las actuaciones de control migratorio y de fronteras que efectúen las autoridades de los Estados parte³⁹.

La carencia anterior impacta gravemente en el funcionamiento del sistema de protección internacional, régimen que será analizado con mayor profundidad en el epígrafe II.3 de este mismo trabajo y que el propio apartado 2 de la Disposición adicional décima de la LOEx, como ya hemos visto, obliga a respetar en los rechazos en frontera. Recordemos, “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”. El apartado 3 de esta misma Disposición concreta, además, que las solicitudes de protección internacional deberán formalizarse “*en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos*”. Tales lugares habilitados fueron anunciados en 2014 e inaugurados en 2015⁴⁰ pero su ineficacia ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por entidades que trabajan en este campo⁴¹, que aseguran incluso que en Ceuta no se ha recibido solicitud alguna durante años⁴².

BOE núm. 100, de 25.04.1992. Este Acuerdo bilateral, que entró en vigor en el año 2012 (BOE núm. 299, de 13.12.2012), establece en el artículo 2 el procedimiento a seguir para la readmisión de los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio del Estado requirente (España) procedentes del Estado requerido (Marruecos); Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, hecho *ad referendum* en Rabat el 6 de marzo de 2007. BOE núm. 70, de 22.03.2013.

38 SALINAS DE FRÍAS, A., “La insuficiente protección jurídica internacional de los migrantes irregulares víctimas de trata”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, nº 2, 2021, pp. 161-175, pp. 163 y 166.

39 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 195.

40 ACNUR y distintos medios de comunicación se hicieron eco de la noticia en <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-da-la-bienvenida-la-creacion-de-oficinas-de-asilo-en-puestos>; <https://www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-interior-inaugura-oficinas-asilo-ceuta-melilla-20150313145459.html>; <https://elfarodemelilla.es/el-ministro-del-interior-inaugura-el-martes-la-oficina-de-asilo-de-melilla/>.

41 La Directora General de CEAR asegura que “El acceso al procedimiento de asilo en España sigue marcado por la persistencia de devoluciones ilegales en la Frontera Sur”. Disponible en Público, 14 de julio de 2023, en https://blogs.publico.es/otrasmiradas/74288/en-los-margenes-del-sistema-de-asilo/?fbclid=PAAaZb-dZepAZwgQAciKHdoTlpyon8WMXrzkhSAj8mqx2-5nrMTQPD9_RIBJxs.

42 CEAR, “Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa”, p. 66. Disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME_CEAR_2019.pdf.

Para muchas mujeres extranjeras que provienen de situaciones en las que han sufrido graves violaciones de derechos humanos resultaría esencial que se mejorara no solo el funcionamiento de esas Oficinas sino también la viabilidad de llegar a territorio español por la frontera con Ceuta y Melilla (de hecho, por cualquier vía que sea legal y segura). Se trata de una cuestión clave para el ejercicio del derecho a solicitar protección internacional a falta de que se articule con mayor claridad la posibilidad de hacerlo desde el extranjero en virtud de la legislación vigente, aunque se empieza a apreciar una tímida apertura de esta vía desde la STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020 debido a la situación que atraviesa Afganistán⁴³.

En definitiva, la Disposición Adicional décima de la LOEx “parece desconocer totalmente la legislación de extranjería, el Derecho internacional público y la normativa de derechos humanos”⁴⁴ y a pesar de ello, ha sido bendecida por la jurisprudencia analizada del TEDH y del TC español. En el Voto Particular de la Sentencia del TC de 2020 se afirma, y estamos de acuerdo, que seguramente la especial ubicación de estas ciudades podría justificar que se estableciera un procedimiento de devolución “especial” en la normativa de extranjería. Ahora bien, lo anterior no justifica que se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del

43 Cuando se adoptó la LAPS de 2009, el legislador restringió la posibilidad de solicitar protección internacional ante las Embajadas y Consulados de España en el extranjero, como permitía la Ley anterior de 1984 y otros Estados europeos (Austria, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido, Francia o Suiza), que gradualmente han ido cerrando también esta vía de acceso como afirma FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, pp. 1-32, p. 8. Según SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las Embajadas y Consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 41, 2021, pp. 1-30, p. 4, la novedad de la legislación española no fue un olvido sino una “omisión deliberada” como respuesta a la situación planteada en la Embajada española en El Cairo en 2007 por la masiva presentación de solicitudes de asilo de casi millar y medio de ciudadanos iraquíes. Actualmente las “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” se regulan en el artículo 38 LAPS, una posibilidad que la literalidad de la norma limita a “casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física”. Si se dan tales requisitos, el precepto señala que “los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”, remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario que no parece llegar para conocer las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de ese posible traslado a España. A falta de tal desarrollo se debate en la doctrina española acerca de su virtualidad en la práctica (incluyendo la aplicación, o no, del artículo 16 del Reglamento de la anterior Ley de Asilo de 1984), con un elemento adicional para la discusión desde 2020: la STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020\3831), que ha defendido que “la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo”. A pesar de ello, y de que la norma se refiere expresamente a la posibilidad de promover el traslado de “solicitantes de asilo”, esta vía continúa cerrada *de facto* con carácter general, si bien en 2021 y 2022 se ha permitido en algunos casos desde las Embajadas de Pakistán e Irán para trasladar a nacionales de Afganistán. *Vid.* los Informes anuales de CEAR referentes a esos años (2023, p. 67. Disponible en <https://www.pear.es/informe-pear-2023/> y 2022, p. 76. Disponible en: <https://www.pear.es/wp-content/uploads/2022/06/Informe-Anual-2022.pdf>).

44 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 203.

respeto de garantías esenciales, ya que no existe justificación constitucional alguna para que la “restauración de la legalidad migratoria transgredida” se lleve a cabo de ese modo. Y todavía menos en el caso de las personas vulnerables expresamente citadas por el TC; entre otras, las mujeres embarazadas, con discapacidad, de edad avanzada o las niñas que estén tratando de alcanzar suelo español. En palabras de la Magistrada, “resulta evidente que esta apreciación denota ignorancia de las situaciones que se viven en la frontera sur”.

2. Las mujeres víctimas de trata de seres humanos.

La segunda reforma de la LOEx en los últimos diez años en la que nos vamos a detener se refiere a la operada por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó el artículo 59 bis relativo a las víctimas de trata de seres humanos. El hecho de que esta terrible realidad, sobre todo en la modalidad de explotación sexual, se cebe en especial con mujeres y niñas⁴⁵, en gran medida extranjeras, justifica que le prestemos una especial atención en este estudio. Este perfil encuentra su causa en el impacto que han tenido en este escenario los flujos migratorios⁴⁶ impulsados por factores económicos (capitalismo, feminización de la pobreza), políticos (conflictos armados, inestabilidad política), sociales y culturales (desigualdad, patriarcado)⁴⁷.

El artículo 59 bis LOEx fue introducido en el ordenamiento español en 2009 y ha sido reformado en dos ocasiones, en 2011 y 2015. En 2009, el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴⁸ explicaba que resultaba determinante en aquella nueva regulación la ratificación y entrada en vigor en nuestro país de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de

45 Las mujeres y niñas víctimas de trata de seres humanos representan el 60% del número total de personas identificadas en 2020. Los captadores utilizan más la violencia contra las mujeres y los niños, especialmente las niñas. Las víctimas femeninas, de cualquier edad, tienen tres veces más probabilidades de sufrir violencia física o extrema (incluida la violencia sexual) que los hombres. Por otro lado, casi dos tercios de las víctimas detectadas para explotación sexual son mujeres y otro 27% son niñas. Los hombres o niños representan alrededor del 10% de las víctimas de explotación sexual. Datos extraídos de UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC): Global Report on Trafficking in Persons 2022. Informe disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/lotip/2022/GLOTIP_2022_web.pdf, pp. 25 y 33.

46 Según se ha denunciado, “los actuales flujos migratorios han tenido un impacto directo en el aumento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y han actuado como catalizador de otras formas emergentes de explotación a las que están sujetas las mujeres y niñas víctimas de la trata”. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., “Las obligaciones de los estados en materia de prevención y protección contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el contexto migratorio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 73, 2021, pp. 177-191, p. 177.

47 RODRÍGUEZ CONDE, M., “La trata de personas con fines de explotación sexual”, en BANDRÉS-GOLDÁRAZ, E. (coord.), *Feminismo en la línea del tiempo, desde las (in)visibilidades al concepto de invisibilidad*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1019-1041, pp. 1033 y ss.

48 BOE núm. 299, de 12.12.2009.

seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁴⁹.

La reforma que tuvo lugar en 2011 por medio de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵⁰, vino a clarificar y mejorar algunos aspectos de la regulación originaria. Y posteriormente, la reforma de 2015 que destacamos como novedad en este estudio por haber acontecido en la última década, ha vuelto a ampliar el margen de protección de estas víctimas al haber extendido un relevante plazo de este régimen, como veremos.

La trata de seres humanos puede adoptar distintas modalidades (explotación sexual, servidumbre laboral —servicio doméstico, talleres clandestinos—, extracción de órganos, matrimonios forzados)⁵¹, considerándose todas ellas distintas formas de esclavitud⁵². Las víctimas de este delito (artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵³) son merecedoras de un régimen propio en la extranjería que priorice su condición de víctimas por delante de las posibles consecuencias administrativas que pudiera tener el hecho de que se encuentren en España en situación irregular. La premisa anterior, que, como decíamos, existe en nuestro ordenamiento desde 2009, resulta sin duda acertada desde una perspectiva de derechos humanos y de género, pero este régimen en particular adolece, a nuestro juicio, de una importante carencia: condiciona la seguridad y la protección de las víctimas a que cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen los hechos delictivos.

Empieza señalando el artículo 59 bis LOEx en su apartado primero que las autoridades competentes adoptarán las medidas que sean necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Convenio de 2005 antes citado. Esta fase es clave en este régimen ya que de la misma dependerá que las víctimas puedan beneficiarse del conjunto de derechos que se regulan a continuación⁵⁴.

49 BOE núm. 219, de 10.09.2009.

50 BOE núm. 180, de 28.07.2011.

51 Con base en el artículo 4 a) del Convenio de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, a efectos de este instrumento “a) *Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos»*

52 La trata de seres humanos es un problema que afecta gravemente a nuestras sociedades, convirtiéndose hoy en día en la forma más clara de esclavitud. MIRTO LÓPEZ, N.: “La lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual” en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.): *Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 93-118, p. 96.

53 BOE núm. 281, de 24.11.1995.

54 Al respecto, el organismo responsable de realizar el seguimiento del cumplimiento del Convenio sobre la lucha contra la trata de 2005 (el Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, o GRE-

Identificada la víctima, a partir del apartado 2 del artículo 59 bis LOEx, el legislador se centra en las personas extranjeras en situación administrativa irregular en España. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que se dan “*motivos razonables*” para pensar que una persona en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, deberán informarle sobre el régimen que nos ocupa y elevar a la autoridad competente una propuesta de concesión de un “periodo de restablecimiento y reflexión” que se desarrolla en el RLOEx⁵⁵. Si se concede, tendrá una duración de, al menos, noventa días de acuerdo con la redacción actual del precepto, ampliable tras la evaluación de la situación personal de la víctima según el artículo 59 bis .2.II *in fine* LOEx. Podría también denegarse o ser revocado —de forma motivada y recurrible— por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que se ha invocado de forma indebida la condición de víctima (artículo 59 bis .3 LOEx).

La extensión de este plazo de treinta días (como establece el Convenio de 2005) a noventa es el único objeto de la reforma del artículo 59 bis producida en el año 2015. Consideremos positiva esta ampliación del periodo que se otorga a las víctimas para restablecerse y reflexionar dado que hablamos de situaciones muy complejas; sin embargo, aquello sobre lo que tienen que reflexionar, tal y como hemos adelantado *supra*, sigue siendo cuestionable: dicho periodo, continua señalando el artículo 59 bis .2 II LOEx, “*deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal*”. Así pues, se infiere que desde la extranjería se hace depender el tratamiento que se otorga a la víctima de trata de seres humanos con el papel que esta pueda tener para la investigación del delito, dos aspectos que no deberían estar vinculados⁵⁶.

Partiendo de lo anterior, en el artículo 59 bis se contemplan varias reglas aplicables en dos momentos diferenciados: por un lado, durante las fases de identificación de las víctimas y el periodo de restablecimiento y reflexión; por otro, reglas que conciernen a la autorización para

TA) ha conminado a las autoridades españolas a mejorar la identificación de estas víctimas asegurándose de que esta no depende de la presencia de prueba suficiente para la incoación del procedimiento penal. Véase el Informe “Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings”, 12 de junio de 2023, p. 51. Disponible en <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8d0f>.

55 Según datos proporcionados por las autoridades españolas recogidos en la misma fuente anterior (p. 60), en 2019 se concedió un periodo de reflexión a 83 víctimas de trata (75 mujeres y 8 hombres), 51 en 2020 (48 mujeres y 3 hombres), 64 en 2021 (42 mujeres y 22 hombres) y 122 en 2022 (107 mujeres y 15 hombres). Ninguna de esas personas es nacional de la Unión Europea. Preguntadas al respecto, las autoridades españolas contestan que el periodo de restablecimiento y reflexión solo se ofrece a las personas extranjeras que se encuentran en España en situación irregular. Se advierte por tanto que en España no se informa de su derecho a ese periodo a los nacionales de la UE o del EEE, ni a los de terceros países en situación regular. Por lo anterior, GRETA insta a las autoridades españolas a tomar medidas adicionales para garantizar que a todas las presuntas víctimas extranjeras de trata se les ofrezca tal periodo, incluidos esos ciudadanos, así como todas las medidas de protección y asistencia previstas en el artículo 12, apartados 1 y 2, del Convenio de 2005 sobre la lucha contra la trata.

56 El mismo Informe anterior (p. 60) contiene la preocupación de ONGs de que, en la práctica, la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión se haga depender de la cooperación de las víctimas con las autoridades como resultado de las exigentes pruebas que se requieren para la identificación y no de la existencia de “*motivos razonables*” para creer que la persona interesada podría ser una posible víctima de trata, como disponen tanto el artículo 13.1 del Convenio de 2005 como el artículo 59 bis .2 de la LOEx.

permanecer en el país de forma regular. Observaremos cómo en estos dos momentos los mandatos dirigidos a las autoridades cuentan con una naturaleza distinta. Mientras en el primer caso “obligan” a las administraciones, en el segundo les otorgan un mayor poder de discrecionalidad al consagrar que “podrán” adoptar determinadas decisiones. Algunos de estos mandatos se vinculan de nuevo a la colaboración que preste la víctima a los fines de la investigación en el procedimiento penal correspondiente.

Durante las primeras fases señaladas —de identificación de las víctimas y de restablecimiento y reflexión—, el artículo 59 bis .2 II LOEx obliga a las autoridades a no incoar un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx (que considera una infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español)⁵⁷ o a suspender ese expediente, o en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas, exigiendo igualmente durante el periodo de restablecimiento y reflexión que se autorice la estancia temporal de las víctimas y que se vele por su subsistencia. También durante esa fase se garantizará su seguridad y protección, así como la de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, pudiendo beneficiarse también de las medidas a las que se refiere el apartado 4 de este precepto, relativo al retorno asistido y la posibilidad de obtener una autorización de residencia, e incluso de trabajo en el caso de ser mayores de dieciséis años.

Por otro lado, se prevé asimismo que “*con carácter extraordinario*” la Administración Pública velará por la seguridad y protección de otras personas que se encuentran en España y que mantengan con la víctima vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza cuando se pruebe que no protegerlas frente a los presuntos traficantes constituiría un “*obstáculo insuperable*” para que la víctima coopere. Por lo tanto, el legislador ha previsto no solo la necesidad de adoptar medidas de protección para la víctima sino también en beneficio de los hijos que se encuentren en España e incluso de otros familiares o allegados, pero solo cuando sea necesario y con esa finalidad. De hecho, en el Preámbulo de la LO 10/2011 (que introdujo en este régimen a los hijos y otros familiares y allegados) se reconoce que con esta decisión la Ley pretende facilitar que las víctimas cooperen, impidiendo que las redes de trata puedan bloquear esa cooperación mediante amenazas graves a esas personas. La medida es bienvenida pero este razonamiento, insistimos, nos parece muy discutible.

En el segundo momento al que se refiere el artículo 59 bis LOEx —relativo a la autorización para permanecer en el país de forma regular— encontramos más mandatos dirigidos a las autoridades competentes en el tratamiento dispensado desde la extranjería a las víctimas de trata, si bien en esta ocasión con un margen de decisión que exigirá de las mismas el análisis de las circunstancias concurrentes.

57 Artículo 53.1 LOEx: “1. *Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*”. De acuerdo con los artículos 55.1 b) y 57.1 LOEx, la infracción grave puede conllevar bien sanción de multa (de 501 hasta 10.000 euros) bien la expulsión del país, en atención al principio de proporcionalidad.

El artículo 59 bis .4 LOEx indica que la autoridad competente “*podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa*”, lo que, de conformidad con lo desarrollado por el artículo 143 RLOEx, puede acordar de oficio en atención a la situación personal de la víctima o bien a propuesta de la autoridad con la que esta estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal. De igual modo, la LO indica que podrá facilitar, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. En este último caso tal posibilidad se ofrecerá bien cuando se considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, bien en atención a su situación personal.

Asimismo, durante la tramitación de esa autorización, “*se le podrá facilitar*” una autorización provisional de residencia y trabajo, que implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización realizada (artículo 144. 4.III RLOEx). En la tramitación de estas autorizaciones se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima (artículo 59 bis 4.II LOEx).

La otra opción que ofrece la LOEx para las víctimas de trata identificadas es el retorno asistido, una medida que se desarrolla en el artículo 145 RLOEx. La persona extranjera podrá solicitarlo en cualquier momento, pero la norma reserva a las autoridades competentes la posibilidad de que se ordene su “*necesaria permanencia*” en territorio español de conformidad con la normativa que rige su participación en la investigación o el procedimiento. En ese caso, la solicitud de retorno asistido será tramitada tan pronto desaparezcan las causas que determinan su obligada permanencia en territorio español.

Por último, la potencial aplicación de estas disposiciones a personas extranjeras menores de edad obliga tener en cuenta su edad y madurez, y, en todo caso, a respetar la prevalencia del interés superior del menor (artículo 59 bis .5 LOEx). Esta previsión resulta de particular relevancia por cuanto se refiere a un colectivo especialmente vulnerable dentro del contexto de la trata de seres humanos, sobre todo cuando afecta a niños y niñas no acompañados por familiares⁵⁸.

3. Las mujeres víctimas de violencia sexual.

En tercer y último lugar dentro del régimen general de extranjería, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) también ha supuesto un avance crucial en la protección de un grupo particular de mujeres, que se hallan en España

58 Tal preocupación se aprecia en el Informe del GRETA de 12 de junio de 2023 citado en la nota nº 54. En la página 50 se insta a las autoridades españolas a que intensifiquen sus esfuerzos para prevenir y combatir la trata de niños, identificarlos y prestarles la asistencia adecuada, para lo que se señalan una serie de medidas a adoptar. Entre otras, revisar el procedimiento de determinación de la edad, que, según se afirma, no puede depender solo de criterios médicos, sino que debe considerar también de manera completa el desarrollo físico y psicológico de la persona.

en una situación de vulnerabilidad importante al haber sufrido violencia sexual encontrándose en situación administrativa irregular.

Tal novedad se concreta en el artículo 31 bis LOEx, que fue introducido originariamente por el artículo único, apartado 34 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y modificado posteriormente por la antes citada Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En un primer momento y durante años ha contemplado un régimen legal protector frente a la expulsión del que se han podido beneficiar las víctimas de violencia de género en la concepción estricta contemplada en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), esto es, la ejercida por parejas o exparejas⁵⁹. Recientemente, desde la modificación operada por la Disposición final sexta de la citada Ley Orgánica 10/2022, el artículo 31 bis ha visto ampliado su ámbito de aplicación personal protegiendo hoy por hoy también frente a la expulsión a las víctimas de violencias sexuales en situación irregular que denuncien a sus agresores, al regular actualmente, como reza su título, la “Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales”.

La primera mejora de este régimen, como decíamos, tuvo lugar en 2011. El Preámbulo de la LO 10/2011 recuerda cómo el artículo 31 bis LOEx originario establecía en su apartado segundo que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estuvieran en situación de irregularidad y denunciaran a su agresor serían objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país, expediente que quedaba suspendido hasta la resolución del procedimiento penal. Sin embargo, tal y como reconoce el propio legislador, el hecho de que a una mujer extranjera que se encontrara en situación de irregularidad se le abriera un procedimiento administrativo que podía acabar en expulsión al denunciar a su agresor, podía sin duda desincentivar que estas se animaran a hacerlo. Esta consecuencia, además, “se contraponía claramente” a la LOMPIVG porque sesgaba los derechos de las mujeres extranjeras en situación irregular⁶⁰.

Lo anterior, unido al hecho de que, siempre según el Preámbulo de la LO 10/2011, el 40% de las mujeres muertas por violencia de género en el año 2009 fueran extranjeras, hizo necesario establecer unas condiciones legales más favorables para la denuncia de los agresores, primando así los derechos a la integridad física y moral de la mujer, así como su derecho a la

59 BOE núm. 313, de 29.12.2004. Artículo 1.1 LO 1/2004: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

60 YUGUEROS GARCÍA, A.J., “Derechos de ciudadanía de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, en situación irregular”, *Revista de Humanidades*, nº 26, 2015, pp. 147-157, p. 149.

tutela judicial efectiva, frente a la sanción que implica encontrarse en España en situación de irregularidad.

En suma, la voluntad del legislador mediante la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis LOEx por la LO 10/2011 se concretó en ampliar la protección de las mujeres víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos que tomaran la decisión de denunciar al maltratador o explotador, respectivamente. Y lo consiguió contemplando nuevas medidas que trataban de mejorar jurídicamente desde la extranjería la situación de las víctimas, como hemos estudiado en el epígrafe anterior respecto de las víctimas de trata de seres humanos —aun con dudas acerca de la fundamentación para aplicar ciertas soluciones— y veremos ahora por lo que respecta a las víctimas de género y de violencias sexuales, estas últimas desde 2022. En ambos casos el régimen es el mismo y no ha variado desde la redacción anterior. Solo se ha extendido el alcance personal y se ha hecho referencia expresa a la LOGILS con este fin.

Comienza señalando el artículo 31 bis LOEx que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales tienen garantizados los derechos reconocidos en la LOM-PIVG y la LOGILS independientemente de su situación administrativa. Además, si la mujer extranjera se encontrara en situación irregular en España, lo que se pondría de manifiesto al denunciar a su agresor, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx, y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

Partiendo de las medidas anteriores, que persiguen incentivar las denuncias⁶¹, en el apartado tercero del artículo 31 bis LOEx se permite que la mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior solicite una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o de violencia sexual. Dicha autorización quedará condicionada a la resolución del procedimiento penal, ya que no se resolverá hasta que concluya.

Ahora bien, para solucionar de manera interina la situación administrativa de la mujer en España durante el lapso entre la denuncia y la finalización del procedimiento penal, el artículo 31 bis LOEx dispone que se concederá —obligatoriamente— una autorización provisional de residencia y trabajo a su favor durante ese periodo de tiempo, que concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales según finalice el procedimiento penal. Los dos posibles resultados se regulan en el apartado cuarto del artículo 31 bis LOEx.

61 Las estadísticas publicadas en la “MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER” del año 2019 evidencian un escenario favorable a la denuncia por parte de las mujeres nacidas en el extranjero, que han denunciado violencia de la pareja en mayor medida (28,6%) que las nacidas en España (20,0%). El mismo Informe señala que tampoco existen diferencias significativas entre las mujeres nacidas en España y las nacidas en el extranjero en la búsqueda de ayuda formal o informal como consecuencia de la violencia ejercida por la pareja actual o parejas pasadas. Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>, p. 275.

Por un lado, 1) el procedimiento penal puede concluir con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido efectivamente víctima de violencia de género o de violencia sexual (incluyendo el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado). En el caso contrario, por otro lado, 2) si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx⁶², o se continuará en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente, el cual puede conducir a la expulsión del país de la mujer extranjera.

Lo anterior es igualmente aplicable a los hijos de la víctima desde que la LO 10/2011 introdujera esta posibilidad. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, y bien por sí misma o bien a través de representante, esta podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia. Para ellos se prevé también la concesión provisional y, en su caso, la confirmación posterior según finalice el procedimiento penal.

Analizado este régimen, se considera positiva su existencia y la evolución que ha sufrido con el tiempo hasta conformar la redacción actual dirigida a ampliar derechos y beneficiarios —de la mujer extranjera víctima de violencia de género hasta las víctimas de violencia sexual y los hijos de todas ellas—. La exclusiva consideración de las víctimas de violencia de género, aun siendo pertinente la especialización del tratamiento de estas situaciones, resultaba insuficiente, ya que otras mujeres extranjeras en situación irregular víctimas de otros delitos podían necesitar también esta misma protección. De ahí que la inclusión en el alcance personal de esta norma de las víctimas de violencias sexuales sea una excelente noticia, como lo fue también en su momento la inclusión de los hijos, ahora extensible a los de todas ellas.

Resulta asimismo destacable que no se abra a estas personas un expediente sancionador si se pone de manifiesto su situación irregular en el momento de la denuncia, como podía ocurrir con la redacción inicial de la norma. Esta previsión supone otorgar una oportunidad a la persona afectada por estas terribles circunstancias dentro del proyecto vital emprendido en España, incluyendo a sus hijos. En ocasiones, además, este régimen le permitirá desvincularse del agresor y sostenerse por sí misma al permitir que desempeñe un trabajo de forma legal. Asimismo, la concesión provisional de la autorización de residencia y trabajo resulta pertinente ya que durante la sustanciación del procedimiento penal es necesario otorgarle la posibilidad de permanecer en nuestro país en situación regular.

Con todo, el artículo 31 bis LOEx adolece de ciertas deficiencias que no podemos dejar de advertir. Por un lado, que se vincule la activación de las medidas protectoras a la interposición de la correspondiente denuncia, ya que podría obstaculizar la ayuda que pudieran necesitar ciertas mujeres que no se atreven a denunciar por diferentes motivos (falta de identificación

62 Véase la nota al pie nº 57, en la que se reproduce este artículo de la LOEx, que se refiere a la consideración de la situación irregular en territorio español como una infracción grave.

de la violencia padecida, miedo al maltratador y al proceso judicial o a las consecuencias de la denuncia, sentimiento de vergüenza o culpa, etc), llevando incluso a discursos que les responsabiliza de la solución al problema que padecen o que incluso les culpan por no dar ese paso⁶³. Se ha destacado asimismo con base en la última Macroencuesta sobre la violencia contra las mujeres, que solo el 32,1% de las que han sufrido violencia sexual por parte de sus parejas denuncian los hechos; fuera de las relaciones íntimas, la cifra cae al 8%⁶⁴.

Finalmente, una última crítica al régimen estudiado en este apartado se refiere a la incertidumbre asociada al sentido en que finalice el procedimiento penal, una circunstancia que puede claramente desincentivar las denuncias ante el temor a un desenlace en que no se logre probar la existencia de la violencia denunciada. Es conocido que en el ámbito en el que se enmarca este régimen, al menos en el de la violencia de género, no siempre resulta sencillo probar los hechos⁶⁵. Y tal realidad va a suponer un serio obstáculo para la denuncia y la consecuente activación de las medidas de protección contempladas en la LOEx para estos casos.

IV. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA PERSECUCIÓN POR MOTIVO DE “IDENTIDAD SEXUAL” Y EL NUEVO REGLAMENTO DE ACOGIDA

El régimen de la protección internacional en España se regula tanto por normas de origen internacional como de fuente estatal, en un momento en el que el número de personas desplazadas por guerras, persecución, violencia y violaciones de derechos humanos ha alcanzado la cifra más alta de la historia: 108,4 millones según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁶⁶.

63 Los obstáculos para que las mujeres denuncien la violencia en la pareja que padecen pueden ser tanto internos como externos y tanto de origen social como individual. Así, entre estas dificultades o barreras, suelen citarse, por ejemplo: Las dificultades para identificar la violencia padecida, y/o para identificarse a sí mismas como mujeres maltratadas y, por tanto, para valorar de modo real el peligro potencial; las estrategias (pasivas) para afrontar la violencia padecida; las creencias erróneas sobre las posibles soluciones al maltrato; el miedo al maltratador, al proceso judicial y/o a las consecuencias de la denuncia; la adherencia emocional al maltratador; las dificultades materiales y económicas; la tolerancia y el clima de aceptación social hacia la violencia contra las mujeres; y los sentimientos de vergüenza o culpa. FÉRRER PÉREZ, V.A. y BOSCH FIOL, E., “Barreras que dificultan la denuncia de la violencia de género. Reflexiones a propósito de los resultados de la macroencuesta”, en GARCÍA-GIL et al (coord.): *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinarias*, Universidad de Sevilla, 2016, pp. 256-270, pp. 257 y 258.

64 DE LAMO, I., “El “miedo a no ser creída” por los tribunales. Impunidad de la violencia sexual y domesticación femenina durante el siglo XXI en el Estado español”, *Investigaciones Feministas*, nº 13, 2022, pp. 329-341, p. 335.

65 Se ha destacado cómo los delitos relacionados con la violencia de género se caracterizan precisamente por cometerse en la intimidad del domicilio, por lo que en muchos casos es la propia víctima del ilícito penal la única que pueda relatar cómo han ocurrido los hechos, constituyendo su declaración la única prueba del proceso. GONZÁLEZ MONJE, A., “La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, nº 3, 2020, pp. 1627-1660, p. 1630.

66 Datos de finales de 2022. ACNUR, “Informe sobre tendencias globales de desplazamiento forzado 2022”. Disponible en <https://www.acnur.org/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2022>.

Las normas de fuente internacional se clasifican en normas europeas y convencionales. Las dictadas en la Unión Europea han sido adoptadas en el seno del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), que ha permitido con el tiempo una cierta armonización de legislaciones en esta materia entre los Estados Miembros, que cuentan no obstante hoy en día todavía con un margen de actuación que no permite hablar de un sistema unificado; más bien de un “intento fallido de unificación”⁶⁷. En cuanto a las fuentes de origen convencional, se refieren especialmente a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967⁶⁸.

Por otro lado, las principales normas de origen estatal sobre protección internacional en España son la citada LAPS de 2009 y el Real Decreto 203/1995, que, recordemos, es el Reglamento de desarrollo de la Ley anterior de 1984 a la espera de que se adopte el correspondiente a la Ley de 2009. A las fuentes anteriores se ha sumado recientemente el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional⁶⁹.

De acuerdo con el artículo 1 LAPS, la Ley parte del artículo 13.4 CE⁷⁰ y tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional, constituida por los dos estatutos que proclama: el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Será dentro del primero donde podremos encontrar normas de especial interés para las mujeres extranjeras, por lo que ceñiremos el estudio al ámbito del derecho de asilo.

Según el artículo 2 LAPS el derecho de asilo consiste en la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta misma Ley, así como en la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York. Cabe destacar desde la perspectiva de género que la Convención de Ginebra no menciona esta causa de persecución como un motivo que pueda dar lugar a la condición de refugiado porque esta violencia no se ha considerado lo suficientemente grave como para constituir un acto de persecución hasta más recientemente⁷¹.

A pesar de ello, se ha entendido que “el espíritu y la finalidad de dicho instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección de las personas que la requieren” permite una interpretación extensiva que incluya solicitudes de asilo por este motivo⁷². Solo hay

67 PÉREZ BOLAÑOS, D.M., *Cumplimiento del derecho a la protección internacional en la Unión Europea: una tensión irresoluble entre la voluntad y la realización del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 14.

68 BOE núm. 252, de 21.10.1978.

69 BOE núm. 76, de 30.03.2022.

70 Artículo 13.4 CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

71 MERINO SANCHO, V., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, *Documentación social*, nº 180, 2016, pp. 185-201, p. 189.

72 KAHALE CARRILLO, D.T.: “Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género”, *Temas laborales*, nº 102, 2009, pp. 239-250, pp. 244-248.

que animarse a leerla “a la luz de las gafas del género”⁷³, como hace tiempo que se interpreta desde Naciones Unidas⁷⁴, aunque este reconocimiento requiere de compromisos estatales que se materialicen en la creación de marcos normativos que hagan efectivos estos compromisos⁷⁵. Otra opción pasaría por añadir esta causa explícitamente en la Convención para evitar interpretaciones divergentes según los países⁷⁶, aunque esta propuesta no se ha considerado viable de momento ante el riesgo de que suceda lo contrario, es decir, que se restrinja todavía más el régimen en lugar de ampliarlo si esta se abre para su modificación⁷⁷.

El legislador español se hizo eco de la necesidad de incluir expresamente la perspectiva de género en el derecho de asilo años atrás. Antes de la Ley de 2009 ya se había emprendido alguna acción en esta línea⁷⁸, pero fue con su aprobación cuando se ampliaron las causas para solicitar asilo en España a dos motivos no contemplados expresamente por la Convención de Ginebra: la persecución por motivos de género y de orientación sexual. En 2023, la lista ha vuelto a ampliarse con ocasión de la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que ha introducido la persecución por motivo de identidad sexual.

De este modo, el artículo 3 LAPS reza en la actualidad como sigue: “*La 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, orientación sexual o de identidad 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,*

73 CÁRDENAS REYES, A., “La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz de las gafas del género”, en ARENAS HIDALGO, N. (coord.), *Desplazamiento Forzado y Protección Internacional en América Latina en el 70 Aniversario de la Adopción de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*, Universidad de Huelva, 2023, pp. 95-114, pp. 99-100.

74 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”, 7 de mayo de 2002. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>. En la página 2 de este documento se afirma que “Es un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género, con el fin de determinar adecuadamente las solicitudes de condición de refugiado. Este enfoque ha sido aprobado por la Asamblea General y por el Comité Ejecutivo del programa del ACNUR”.

75 CÁRDENAS REYES, A., “La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz de las gafas del género”, *cit.*, p. 110.

76 DA LOMBA, S.: *The Right to seek Refugee Status in the European Union*, Intersentia, Oxford, 2004, p. 80.

77 MERINO SANCHO, V., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, *cit.*, p. 189.

78 Ya con anterioridad a la Ley 12/2009 se había apreciado en nuestro país la persecución por motivo de género a través de la jurisprudencia por medio del relativo a la pertenencia a un determinado grupo social. Pero la falta de referencia expresa ocasionaba inseguridad jurídica, por lo que se valoró positivamente la primera referencia expresa a esta causa realizada en la Ley de asilo de 1984 por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y más adelante la posterior introducción explícita de este motivo en la Ley de 2009 vino a colmar esta laguna legal.

no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

Por lo tanto, los motivos que pueden dar lugar hoy en día a “fundados temores de persecución” como base para solicitar asilo en España, son los siguientes: la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas, la pertenencia a un determinado grupo social, el género, la orientación sexual y, finalmente, la identidad sexual.

La reciente inclusión explícita en el artículo 3 LAPS de la persecución por motivo de identidad sexual es una buena noticia que coloca la Ley española a la vanguardia de la protección de los derechos humanos de un colectivo socialmente castigado y especialmente vulnerable, que ha visto tradicionalmente, y todavía hoy en gran medida, vulnerados sus derechos fundamentales. Nótese, no obstante, que el entusiasmo que pueda producir tal novedad queda matizado por diferentes causas, como explicaremos seguidamente. Pero antes conviene aproximar el concepto de “identidad sexual” a estos efectos, para lo que nos apoyaremos en la definición que proporciona la Ley 4/2023, impulsora de esta novedad en la LAPS desde su Disposición adicional décima.

El artículo 3 i) de esta Ley define la “identidad sexual” como la “*Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer*”. Se incluirían, por lo tanto, pensando en situaciones reales de persecución por tal motivo, ciertas vivencias que padecen las personas transgénero (o simplemente trans), que según el artículo 3 k) de la misma Ley son las personas “*cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer*”. Destacaremos en este sentido las violencias sufridas por las mujeres trans, las cuales, más allá de controvertidos debates en los que se cuestiona su condición de mujeres que en nada favorecen a la lucha feminista como causa común, soportan situaciones de violencia y discriminación incardinables en el derecho de asilo.

Ahora bien, ¿qué razones nos obligan a contener el entusiasmo ante esta nueva previsión? Dos principalmente.

En primer lugar, podría decirse que realmente la novedad no es tal ya que la propia LAPS contemplaba esta causa en otra de sus disposiciones, el artículo 7, que regula con más detalle los motivos de persecución. Concretamente, el artículo 7.1 e) III LAPS indica al concretar el motivo de persecución por pertenencia a un “grupo social determinado” que se incluye en ese concepto “*un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, (...)*”. Su inclusión en aquel momento merece una valoración positiva en tanto en cuanto permitía considerar situaciones de violencia realmente existentes incluso antes que en la Unión Europea ya que la “identidad de género” aparecerá por primera vez en el Derecho europeo de asilo en la Directiva de reconocimiento de 2011⁷⁹, pero la inconsistencia entre los artículos 3 y 7 LAPS no favorecía la seguridad jurídica. Esta situación se ha resuelto gracias

79 Considerando 30 y artículo 10.1 d) de la 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 20.12.2011.

a la Ley 4/2023 pero sigue ocurriendo lo mismo con la “edad” en cuanto aspecto a interpretar dentro de la pertenencia a un grupo social determinado, que continúa sin tener un reconocimiento correlativo en el artículo 3 LAPS.

En segundo lugar, el optimismo ante esta “novedad” decae también porque la Ley otorga un tratamiento diferenciado, más restrictivo, a diversos motivos que el artículo 3 LAPS parece colocar inicialmente en pie de igualdad. Los elementos interpretativos proporcionados por el mismo artículo 7.1 e) LAPS para concretar qué debe entenderse por “grupo social determinado” colisionan con el tratamiento igualitario que el artículo 3 LAPS parece dispensar a todos los motivos que relaciona. Una vez delimitadas las dos condiciones que permiten entender que existe un grupo social determinado⁸⁰, la Ley dispone que aspectos relacionados con la orientación sexual, la identidad sexual, el género o la edad no podrán conllevar la aplicación de este régimen “*por sí solos*” y deberán ser interpretados, además, de acuerdo con “*las circunstancias imperantes en el país de origen*” —como dice el artículo 10.1 d) de la Directiva de reconocimiento respecto de la persecución por motivo de orientación sexual integrado en el concepto “grupo social determinado”—.

Las condiciones anteriores, más gravosas que para el resto de las causas de persecución, son difíciles de justificar. Todas las mujeres, transgénero o cisgénero, de cualquier orientación sexual, pueden ser víctimas de los actos de persecución contemplados en el artículo 6 de la LAPS; y todas ellas deberían poder solicitar asilo en España por motivos de género, de orientación sexual o de identidad sexual con independencia de que se den o no tales circunstancias de forma generalizada en sus países de origen y sin la necesaria concurrencia de diversos aspectos para fundamentar la petición.

Por desgracia, las mujeres sufren actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina o son castigadas por transgredir los valores y costumbres morales⁸¹, sin olvidar la difícil situación que viven actualmente las mujeres en Afganistán desde la vuelta de los talibanes a este país, o en otros como Colombia, Marruecos, Honduras o El Salvador⁸². Por otra parte, el registro de episodios de violencia homófoba o transfoba tanto física (asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones

80 Primero, se considerará un “grupo social determinado” si “*las personas integrantes de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella*” y, segundo, si “*dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores*” (artículo 7.1 e) LAPS). Si bien la Ley española contempla estas dos condiciones de manera acumulativa (separadas por la conjunción copulativa “y”, al igual que la Directiva de reconocimiento de 2011) se ha advertido que ACNUR mantiene que deben aplicarse de forma alternativa. DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de derecho político*, nº 89, 2014, pp. 345-388, pp. 350-351.

81 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”, de 7 de mayo de 2002. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>.

82 CEAR, “Informe 2023: las personas refugiadas en España y Europa”, 2023, pp. 25, 62, 63, 66 y 68. Disponible en <https://www.cear.es/informe-cear-2023/>.

sexuales) como psicológica (amenazas, ofensas y coacciones) es también global y constante⁸³. Ante tales situaciones, las personas tienen que poder solicitar protección internacional sin verse afectadas por interpretaciones restrictivas de este derecho.

La normativa reguladora del derecho de asilo contempla un sistema de solicitud y valoración personal e individualizado en los artículos 16 y ss LAPS e identifica diversos motivos de persecución en el artículo 3 LAPS que deberían ser considerados de manera independiente, aunque en la práctica puedan concurrir varios de ellos en una única persona por sus propias circunstancias vitales. Lo contrario favorece “una concepción de los derechos humanos de las mujeres y del colectivo LGBT como derechos de segundo orden, sin entidad propia”⁸⁴, contribuyendo este modelo a “desandar el camino que se había comenzado a caminar cuando se contempló expresamente la persecución por causa de género como motivo autónomo merecedor de la concesión del asilo”⁸⁵.

Por lo tanto, la consagración explícita de la identidad sexual entre los motivos de persecución del artículo 3 LAPS, así como las anteriores en el tiempo sobre género y orientación sexual, constituye sin duda un paso adelante en la visibilidad de esta clase de violencias, pero el articulado de la Ley que limita su aplicación práctica favorece su consideración como causas de persecución de segunda categoría al no otorgarles el mismo tratamiento que a las demás, lo que debería revisarse.

Para finalizar el análisis de las novedades que hayan podido existir en el ámbito de la protección internacional en la última década, interesa analizar si el novedoso Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional contiene alguna norma relativa a las necesidades propias de las mujeres solicitantes de esta protección. Y la respuesta es positiva, al menos en el papel, como exige la transposición de la Directiva de acogida de 2013⁸⁶.

El RD 220/2022 tiene por objeto desarrollar el Capítulo III del Título II de la LAPS, rubricado “De las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional” mediante la aprobación de un Reglamento que configura el sistema de acogida español en este ámbito (artículo 1 del Reglamento). Y como no podía ser de otro modo, el mismo es sensible a las necesidades específicas que en este contexto puedan necesitar determinados colectivos que se consideran “vulnerables” a estos efectos, tal y como establece el artículo 2 c).

83 DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *cit.*, pp. 347-348. El autor se basa en el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, 17 de noviembre de 2011. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

84 CEAR-Euskadi, “El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales”, 2009, p. 110. Disponible en <https://zehar.eus/producto/persecucion-motivos-genero-derecho-asilo-del-contexto-global-al-compromiso-local/>.

85 RODRÍGUEZ MEJÍA, M.: “La persecución por razón de género en la nueva ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo”, en AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C. (coord.): *Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 247-260, p. 252.

86 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DOUE núm. 180, de 29.06.2013.

Esta disposición considera “situación de vulnerabilidad” a la “*convergencia de circunstancias que aumentan la probabilidad de la persona de sufrir contingencias que disminuyan su más elemental bienestar*”. Y partiendo de esta premisa, enumera en una lista no exhaustiva, entre otras, estas categorías de personas: mujeres embarazadas, madres con hijos o hijas menores de edad, víctimas de trata de seres humanos o de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres, personas LGTBI+ u otras personas que hayan sufrido torturas, violaciones o cualquier forma grave de violencia psicológica, física o sexual.

Junto con lo anterior, el artículo 6 del Reglamento instituye un conjunto de “Principios generales de actuación”, que incluyen en el apartado c) la necesidad de incorporar el enfoque de derechos humanos, de género y de interseccionalidad en todas las actuaciones que se lleven a cabo, incluyendo el reconocimiento de la discriminación y la violencia que afectan específicamente a las mujeres. También en el artículo 11.6 II encontramos otra referencia expresa a la acogida de mujeres solicitantes de protección internacional, que exige a las autoridades competentes un especial esfuerzo de coordinación interinstitucional con la finalidad de garantizar su efectiva atención y protección, especialmente de personas víctimas de trata de seres humanos o de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres.

En la misma línea, el artículo 29.2 c) obliga a que los centros de acogida cuenten con protocolos de prevención del acoso y actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales. Para ello se crea en cada centro un “punto focal” que sirva de referencia para la prevención, detección y coordinación de actuaciones en casos de violencia contra las mujeres. Finalmente, el Reglamento de acogida hace referencia en el artículo 30 a la necesidad de que las personas que trabajen o presten servicios en los recursos de acogida cuenten con una formación adecuada, que incluya específicamente la materia de igualdad de oportunidades y violencia contra las mujeres.

V. VALORACIÓN FINAL

La mujer extranjera víctima de violencias, protagonista de este estudio como reza su título, constituye un perfil especialmente vulnerable que requiere un tratamiento legal diferenciado en el ordenamiento jurídico y, por ende, también en la regulación de la extranjería y la protección internacional. Esta premisa se ha ido plasmando en la legislación española con el tiempo en todos los escenarios abordados: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional.

Finalizado el análisis de su evolución en la última década, podemos concluir que todos ellos contienen normas con perspectiva de género dirigidas a proteger jurídicamente a mujeres y niñas extranjeras que padecen situaciones de violencia, ya sean ciudadanas europeas o de terceros países. Ahora bien, como se ha podido advertir a lo largo del trabajo, todavía existe margen de mejora desde la perspectiva de los derechos humanos y, sobre todo, en la práctica diaria, que es en definitiva donde estas personas necesitan realmente que tales normas protectoras se apliquen de forma efectiva.

A nuestro juicio, merecen una consideración positiva un conjunto de soluciones previstas en todos estos regímenes. Comenzaremos por recopilarlas y posteriormente señalaremos otras

que, por el contrario, merecen una calificación negativa al no favorecer el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que le corresponden en la lucha contra las violencias ejercidas contra las mujeres.

En primer lugar, se considera positiva la oportunidad que se concede en el régimen europeo a las parejas (casadas o no, miembros de parejas de hecho registradas o no) de obtener una autorización de permanencia independiente del miembro de la pareja europeo en determinados supuestos. La ampliación de los posibles familiares beneficiarios del régimen comunitario ya supone *per se* un avance en la protección de los derechos de las mujeres nacionales de terceros países potencialmente beneficiarias. Principalmente, que se hayan contemplado las parejas de hecho no registradas que cumplen con los requisitos exigidos en el concepto de pareja estable a estos efectos. Y partiendo de esta extensión del alcance personal, merece asimismo una valoración positiva que, en supuestos de fallecimiento, salida del país y crisis matrimoniales o de la pareja, la persona extracomunitaria pueda permanecer en España, sobre todo en contextos de violencia como los recogidos en este régimen. Es la única manera de que una víctima de violencia de género o de trata de seres humanos sometida por el cónyuge o pareja tenga oportunidades viables de abandonar esas circunstancias.

En segundo lugar, también en el régimen general de extranjería existen normas destacables desde la perspectiva de género. El legislador se ha preocupado por las víctimas de violencia de género, las de violencias sexuales y de trata de seres humanos que se encuentran en España en situación administrativa irregular. Estas normativas, además, han ido evolucionando con el tiempo para extender la protección legal dispensada a los hijos e incluso, en el caso de la trata, a otros familiares o allegados. Se prevé el amparo frente a la expulsión y la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o el retorno en el caso de las víctimas de trata, de ahí que el asesoramiento y el acceso a esta información resulten cruciales en este ámbito para que las potenciales beneficiarias sean conocedoras de esta oportunidad que les ofrece la legislación de extranjería.

En tercer lugar, en el régimen de protección internacional hemos estudiado cómo la perspectiva de género se introdujo inicialmente en la práctica y posteriormente en la Ley a pesar de no estar originariamente contemplada en la Convención de Ginebra de 1951, un texto que necesita una constante interpretación evolutiva acorde a los tiempos. La normativa española de protección internacional, además de las causas clásicas de persecución consagradas internacionalmente, ha incluido en sucesivas reformas los motivos de género, orientación sexual y, recientemente, identidad sexual (al menos de forma explícita en el reconocimiento de la condición de refugiado). Tales decisiones son altamente pertinentes pues permiten visibilizar las violencias sufridas por ciertos colectivos de personas. Por otra parte, celebramos también que en los últimos años se hayan permitido solicitudes en Embajadas debido a la situación que atraviesa Afganistán.

En cuanto a las consideraciones negativas de ciertas soluciones analizadas en este trabajo, comenzaremos por recopilar algunas críticas señaladas en el régimen general de extranjería respecto de distintas violencias que afectan especialmente a las mujeres extranjeras en situación irregular. Por un lado, en la regulación de la violencia de género y las violencias sexuales, y, por otro lado, en la relativa a la trata de seres humanos.

En el primer caso, violencia de género o sexual, habría que reflexionar acerca del impacto que pueda tener en la práctica la exigencia de denunciar al agresor para activar este régimen protector. Además, aun considerando pertinente la solución por la cual no debe incoarse —o debe suspenderse— el expediente sancionador que daría lugar a la expulsión si se tiene conocimiento de la irregularidad de la situación en España como consecuencia de la denuncia, seguiría siendo razonable que la víctima decidiera no poner en conocimiento de las autoridades la violencia que está padeciendo si recela acerca del resultado final del procedimiento penal ante la dificultad de probar los hechos alegados.

En el segundo supuesto, relativo a la trata de seres humanos, en el articulado de la LOEx se propone revisar la vinculación entre la protección otorgada a las víctimas y su cooperación con las autoridades en la investigación del delito, dos aspectos que deberían quedar completamente desligados para que se pueda hablar de una protección real y efectiva. De igual modo, la obligación de permanecer en el país a los fines de la investigación retrasando la posibilidad del retorno asistido si así lo desea la víctima debería ser interpretada de forma extremadamente restrictiva. Lo contrario ahonda en una concepción utilitarista de la persona extranjera.

La siguiente llamada de atención por el tratamiento deficiente desde la perspectiva de los derechos humanos corresponde al régimen de los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. Sin ambages, en un Estado de Derecho que dice respetar los derechos humanos, no existe otra salida que derogar la Disposición adicional décima de la LOEx. La práctica de las devoluciones en caliente y su habilitación normativa abochornan desde el punto de vista jurídico y humanitario, y a ello se suma que las sentencias del TEDH y del TC sobre la materia son muy cuestionables. En las devoluciones en caliente se ignora el carácter mixto de los flujos migratorios y no se está cumpliendo la legalidad nacional ni internacional aplicable a las devoluciones de personas extranjeras; ni siquiera los criterios exigidos por el propio TC español para su ejecución al corroborar la constitucionalidad de este régimen. En definitiva, la protección de los derechos humanos no debería ceder ante presiones políticas.

Para terminar, merece asimismo una consideración negativa el tratamiento diferenciado, de segunda categoría, que se otorga en el régimen de asilo a la persecución por motivos de género, orientación sexual e identidad sexual. Los datos que proporcionan los estudios sobre las vulneraciones de derechos humanos que padecen estas personas en el panorama comparado justifican sobradamente que se apliquen por sí solos y desprendidos de las “circunstancias imperantes” existentes en el país de origen. Tanto esos motivos como sus expedientes deben valorarse de manera individualizada.

Un régimen que ha sabido progresar con el tiempo extendiendo la protección a situaciones no previstas inicialmente por la Convención de Ginebra debe continuar evolucionando para superar este trato discriminatorio, reivindicación a la que se suma la conveniencia de seguir apostando por las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados, además de explorar otras vías seguras de alcanzar territorio español que impidan que las mafias se sigan enriqueciendo con el tráfico de personas. Su ausencia, además, contribuye a engrosar el número de fallecidos a las puertas de una Unión Europea fortaleza centrada en el control de sus fronteras. Las noticias, casi diarias, de saltos a las vallas y naufragios evitables resultan difíciles de soportar.

