

LA PERSECUCIÓN DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS: NUEVAS PERSPECTIVAS

GENDER PERSECUTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW: NEW PERSPECTIVES

Carolina Jiménez Sánchez*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA. II. INTERPRETACIONES SOBRE LA PERSECUCIÓN DE GÉNERO. III. CONCLUSIONES

RESUMEN. El presente artículo ofrece un reexamen de la persecución de género y su encuadre en el Derecho Internacional de los Refugiados y el Asilo, teniendo en cuenta las interpretaciones con perspectiva de género realizadas a la Convención de Ginebra de 1951 y sus instrumentos complementarios, tanto institucionales (por parte del ACNUR) como regionales y jurisprudenciales, tanto de tribunales internacionales como internos.

ABSTRACT: This paper focuses in gender persecution and its framing inside the protection offered by International Refugee Law. In this sense, we will examine the eventual gender perspective in the 1951 Geneva Convention and other instruments, according to institutional interpretation recommended by UNHCR, regional trends and legal approaches made by International and National Courts.

PALABRAS CLAVE: refugiados, asilo, género, persecución de género

KEYWORDS: refugees, asylum, gender, gender persecution

Fecha de recepción del original: 21 de octubre de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 26 de enero de 2017.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga. Correo electrónico: carolina@uma.es

I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

1. Objeto de estudio

La Violencia Basada en el Género (VBG)¹ es una causa alarmante de éxodo en los desplazamientos actuales. Según datos del ACNUR, una de cada tres mujeres en el mundo ha sido golpeada, maltratada u obligada a mantener relaciones sexuales a lo largo de su vida². Al mismo tiempo, aunque la huida no tenga como causa directa la VBG, las mujeres que huyen de la violencia generalizada o el conflicto armado afrontan retos particulares en los lugares de tránsito y de destino, que de nuevo tienen que ver con este tipo de violencia. Por ello, resulta fundamental analizar la protección que otorga el Derecho Internacional de los Refugiados a estas situaciones concretas a través de su relectura en una época especialmente convulsa en cuanto a movimientos migratorios, trata de personas y violencia se refiere³, más aún cuando la mayoría de los desplazados son mujeres, llegándose a hablar de la *feminización de la experiencia de los refugiados*.

Sin embargo, el Derecho no ha reaccionado a una realidad que tiene especial incidencia en el género femenino. Las dificultades del Derecho Internacional de los Refugiados para proteger a las mujeres refugiadas vienen derivadas de su anacronismo y del tradicional anclaje de las normas internacionales a los esquemas patriarcales⁴. Paradójicamente, han sido los sistemas jurisdiccionales de algunos Estados los que con su interpretación abierta de la Convención de Ginebra para el Estatuto de los Refugiados de 1951⁵ han accedido a considerar la persecución de género (así como la orientación sexual y la identidad de género) inserta en el motivo de persecución “grupo social”, recomendación auspiciada por

¹ La Violencia Basada en el Género (VBG) se define, según el Comité de la CEDAW, como aquella “*that is directed against woman because she is a woman or that affects women disproportionately*”. U. N., *Comm. On the Elimination of Discrimination Against Women. General Recommendation 19, Violence Against Women*. U.N. Doc. A/47/38 (Jan 29, 1992), accessible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

² *La persecución por motivos de género y el asilo*, ACNUR, diciembre, 2012.

³ De manera paralela, la protección de la persecución por orientación sexual o identidad de género se está concibiendo de manera similar a la persecución de género. En efecto, el Derecho Internacional de los Refugiados no ha reaccionado suficientemente pese a que la homosexualidad esté sancionada en algunos países incluso con la pena de muerte (la homosexualidad se castiga con la pena de muerte en los siguientes Estados: Irán, Arabia Saudí, Mauritania, Somalia, Sudán, Pakistán, Yemen y los Estados del norte de Nigeria. Información disponible en el sitio web de Amnistía Internacional: <http://www.es.amnesty.org/temas/diversidad-afectivo-sexual/sabias-que/>), lo que debería constituir un fundado temor de persecución. Sin embargo, la Comunidad Internacional aún no prevé de manera universal suficiente protección contra la discriminación y marginación que sufre el colectivo de transexuales, gays y lesbianas en muchas partes del planeta.

⁴ Vid., CHINKIN, C.; CHARLESWORTH, H., “Feminist Approaches to International Law”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 85, 1992, pp. 613-645.

⁵ Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los apátridas de las Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V) de 14 de diciembre de 1950.

el ACNUR, que será examinada posteriormente. Sobra apuntar que no es una concesión unánime ni mayoritaria. Lo mismo ocurre en cuanto a la orientación sexual, siendo una marcada minoría⁶ los Estados que han apoyado tal inclusión, aunque también destacan incipientes interpretaciones jurisprudenciales más abiertas en algunos ámbitos regionales, como la del Tribunal de Justicia Unión Europea (TJUE)⁷.

La falta de reconocimiento universal tiene consecuencias negativas inevitables, que tienen que ver con la inconsistencia de la protección⁸, y las dificultades en el procedimiento.

⁶ En la actualidad no son muchos los Estados que aceptan la orientación sexual como motivo de persecución para la obtención del estatuto de refugiado. Son: Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Países Bajos, Finlandia, Alemania, Bélgica y Francia. Vid. LA VIOLETTE, N., “UNHCR Guidance on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity: A Critical Commentary”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, n° 2, 2010, pp. 173-20, p. 175.

⁷ El TJUE adoptó en el año 2013 una sentencia paradigmática en los casos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12, teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de asilo por orientación sexual ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Consejo de Estado holandés (Raad Van State). (Al respecto Vid., DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “La condición sexual como razón de la concesión de asilo: ¿una nueva puerta de entrada a Europa? Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de noviembre de 2013, Minister Voor Immigratie En Asiel/X, Y & Z (AS. C-199/12 A C-201/12)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 35, 2015, pp. 1-22, p. 2). El fallo afirma que los homosexuales que solicitan asilo pueden constituir un grupo social específico siempre que exista en su país de origen una pena privativa de libertad que sea efectivamente aplicada. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de noviembre de 2013 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State - Países Bajos) – Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel /X (C-199/12), Y (C-200/12), Z / Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-201/12) (Asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12). Accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d593d104a4e9bf4b6f984dbec2e2817365.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pa3uNe0?text=&docid=145582&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1030939>. Es relevante que ya algunos meses antes de la adopción de la Sentencia los Abogados Generales del TJUE adelantaron a la prensa la posibilidad de que la homosexualidad fuera incluida en el concepto de “grupo social” cuando las circunstancias del país de origen así lo exigieran, estableciendo que “while the criminalisation of homosexual activity in the home country does not per se constitute an act of persecution, the national authorities must, however, examine whether a particular applicant is likely to be subject to acts that qualify as such”, Advocate General’s Opinion in Joined Cases C-199/12, C-200/12, C-201/12, X, Y, Z v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, Court of Justice of the European Union, PRESS RELEASE No 87/13, Luxembourg, 11 July 2013. Accesible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=enES&q=cache:QeVuc01yFoJ:http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_102281/%2Bpress+caso+C-199/12,+C-200/12+y+C-201/12&gbv=2&ct=clnk. En contraposición se encuentra la tesis algo más restrictiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que sigue apostando por el llamado “requisito de la discreción”, arguyendo que mantener sólo en privado la orientación sexual de la persona no suprime una parte importante de su identidad y que, por tanto, no se da la violación del artículo 3 del CEDH Vid. (TEDH-Sentencia de 26.06.2014 (Sección Quinta), M. E. Contra Suecia, 71398/12. El asunto fue remitido a la Gran Sala el 17 de noviembre de 2014 y en la Sentencia de 8 de abril de 2015 fue sobreesido ya que el individuo dejó de encontrarse en peligro de expulsión a Libia después de una decisión del departamento de inmigración sueco. Vid. Gran Chamber, CASE OF M.E. v. SWEDEN (*Application no. 71398/12*), 8 de abril de 2015).

⁸ *Persecución por motivos de género y derecho de asilo*, CEAR (Comisión en Euskadi de Ayuda al Refugiado).

Siguiendo la Ley de Asilo de 2009 española⁹, que se encuentra en la tendencia dominante, para la persecución por motivos de género el caso por caso llevará a examinar las circunstancias imperantes en el país de origen, sin que exista automatismo alguno en la inclusión en el concepto “grupo social”.

En ningún caso el Derecho Internacional de los Refugiados puede entenderse sin la necesaria conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta precisión encuentra aún mayor sentido en el estudio feminista del Derecho Internacional que se pretende en este artículo. Al margen de la concesión o no de protección internacional es evidente que las mujeres que huyen de sus países de origen enfrentan diversas afrentas a sus Derechos Humanos, antes, durante y después del refugio, que en muchas ocasiones tienen que ponerse en relación de nuevo con la VBG. En efecto, las relaciones de género establecidas en las sociedades de origen y de destino pueden condicionar la efectiva garantía de sus derechos, por lo que es necesario adoptar una visión inclusiva y extensiva de los márgenes del Derecho, que por su naturaleza ha sido creado desde una mono-visión androcéntrica.

2. Las mujeres refugiadas y el Derecho Internacional

Las mujeres refugiadas sufren una desprotección casi total en los lugares de tránsito, huida y acogida, especialmente en el interior de los campamentos de refugiados. Éstos han sido un lugar común de la violencia sexual durante décadas, sólo reducida a partir de la *Política del ACNUR sobre mujeres refugiadas*¹⁰ que comienza a aplicarse en 1990 y que intenta introducir una perspectiva de género en todas y cada una de las actividades que lleva a cabo el Alto Comisionado. Aún así, la Violencia Basada en el Género (VBG) es la forma más extendida de violencia entre las personas refugiadas y desplazadas¹¹, siendo habitual en el propio seno de la pareja o el grupo social o familiar y no siendo un hecho aislado la cometida por el propio personal de operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas¹².

En este sentido, podemos observar dos focos de atención prioritaria en cuanto a las mujeres refugiadas, que podemos dividir en dos grupos:

⁹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31/10/2009.

¹⁰ *Política del ACNUR sobre mujeres refugiadas*, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, 1990, accesible en: http://www.acnur.org/index.php?id=872&tx_news_pi1%5Bnews%5D=10902&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=de5e5d9fb47a8f0adedbf85319a41e19

¹¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *Las mujeres en los conflictos armados: conflicto, proceso de paz y posconflicto*, Atenea, Estudios sobre la Mujer, 2016, p. 103, pp. 276.

¹² Como afirma la Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 19 de junio de 2008 con respecto a las conductas desarrolladas por el personal de las OMP: “*Sexual violence against women and girls is notorious and of epidemic proportions*”.

- primer grupo: mujeres que se convierten en refugiadas por causas ajenas a su condición de fémica, pero que durante la huida, el tránsito y la acogida sufren discriminación y/o Violencia Basada en el Género. La VBG es una causa sobrevenida a la situación de desplazamiento forzoso. Las mujeres refugiadas sufren en un alto porcentaje violencia sexual, prostitución forzada, esclavitud sexual y violencia de género. Además, tienen una mayor tendencia a quedar desfavorecidas por los repartos de ayuda humanitaria y están muy lejos de obtener la atención médica y ginecológica adecuada¹³.

- segundo grupo: mujeres que sufren una persecución de género concreta que motiva la huida y la posible catalogación como refugiadas dentro de la Convención de Ginebra de 1951. La VBG es la causa de huida. La dificultad principal que encuentra a su paso este tipo de persecución es que la violencia se produce en una esfera tradicionalmente entendida como privada¹⁴, ya que es perpetrada por actores no estatales. Esto choca fuertemente con la concepción generalmente aceptada de que el asilo se concede contra el Estado perseguidor, cuya víctima en el ideario tradicional suele identificarse con un varón que huye por sus opiniones políticas¹⁵. En primer lugar, hay que tener presente que la citada dicotomía público/privado es una construcción teórica e ideológica¹⁶, que lleva intrínseca una desprotección mayor para las experiencias sufridas por mujeres en el ámbito considerado privado o familiar. En segundo lugar, hay que notar que, siguiendo a GOODWIN GILL, el Derecho Internacional de los Refugiados no establece que la persecución deba producirse por parte del Estado¹⁷, pese a que ésa haya sido la interpretación doctrinal dominante.

El hecho de que la persecución de género suela llevarse a cabo por agentes no estatales, normalmente esposos y familiares, y no directamente por agentes de Estado, dificulta aún más su reconocimiento general, pese a que para que la Convención de Ginebra sea aplicable sólo es necesario que exista una persecución, ya sea por parte del Estado o por parte de otros grupos¹⁸. Entre los tipos de persecución de género se encuentra la violencia de género, la explotación, la trata de personas, el matrimonio forzado, los crímenes de honor o la mutilación genital femenina (MGF).

¹³ Vid., VEGA PASCUAL, M. J., “Las mujeres refugiadas y la violencia de género”, *Revista D’Estudis de la Violència*, nº 2, abril-mayo, 2007.

¹⁴ Vid., entre otros: COOK, R., “State Responsibility for Violations of Women’s Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 7, 1994, pp. 125-175; CHARLESWORTH, H., “Human Rights as Men’s Rights”, en *Women’s Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, PETERS, J.; WOLPER, A. (Eds.), New York, Routledge, 1995, pp. 103-114.

¹⁵ MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas. Una mirada feminista al Derecho Internacional*, Catarata, 2016, p. 18, pp. 272.

¹⁶ Vid., CRAWLEY, H., *Refugees and Gender*, Bristol, Jordan, 2001, pp. 379.

¹⁷ GOODWIN GILL, G. S., *The Refugee in the International Law*, Clarendon, Oxford University Press, 2007, pp. 786.

¹⁸ GORTÁZAR ROZAECHÉ, C., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Dyckinson, 1997, p. 121, pp. 423.

Además, dentro de este segundo grupo cabe destacar que, pasadas varias décadas tras la adopción de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1979¹⁹, en su artículo 2 los Estados se comprometen a adaptar la legislación en materia de igualdad y, además, a establecer protección jurídica efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer²⁰, lo que de no hacerse con la adopción de nuevas normas a nivel interno, debe hacerse interpretando con una visión de género las normas internacionales existentes.

En cuanto a las mujeres del primer grupo, además de la mencionada política del ACNUR, tras la adopción de la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del programa “la mujer, la paz y la seguridad” a la que han seguido siete resoluciones más²¹, se prioriza en la agenda internacional la atención a las mujeres y niñas que huyen de los conflictos armados y de contextos de violencia sistemática, instando a los Estados a ofrecer una especial atención específica a las mujeres y niñas refugiadas. Así en su punto 12:

“Exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que respeten el carácter civil y humanitario de los campamentos y asentamientos de refugiados y a que tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas”²².

Igualmente, en la Resolución 1820 (2008) el Consejo de Seguridad pide a los organismos de las Naciones Unidas que:

“elaboren mecanismos eficaces para proteger de la violencia, en particular de la violencia sexual, a las mujeres y las niñas en los campamentos de refugiados y desplazados internos administrados por las Naciones Unidas”²³.

¹⁹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979.

²⁰ El artículo 2.c) de la CEDAW insta a los Estados Establecer “la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”. El artículo 2 incluye también la modificación y derogación, si es necesario, de cualquier tipo de ley que incurra en discriminación de la mujer (letras f. y g.).

²¹ Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 31 de octubre de 2000. Las siete resoluciones siguientes son: Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 19 de junio de 2008; Resolución 1888 (2009) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 30 de septiembre de 2009; Resolución 1889 (2009) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 5 de octubre de 2009; Resolución 1960 (2010) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2010; Resolución 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 24 de junio de 2013; Resolución 2122 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 18 de octubre de 2013; Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 13 de octubre de 2015.

²² Punto 12 de la Resolución 1325(2000).

²³ Punto 10 de la Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 19 de junio de 2008.

Afirmaciones similares se vienen produciendo en resoluciones posteriores del programa, lo que pone de manifiesto la urgencia de la situación de fuerte discriminación y violencia que sufren las mujeres en contextos de huida, tránsito y acogida, así como la creciente atención que ha recibido este asunto por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Sin embargo, es difícil analizar la problemática sin percatarse de la ausencia de datos y estadísticas sobre las llegadas de mujeres refugiadas a los países de destino, las solicitudes de asilo presentadas por ellas y las causas que alegan para tal solicitud. Por ello, es necesario incorporar datos segregados por sexo de las solicitudes de asilo, lo cual no está siendo la práctica general de los Estados, pese a que en diversos contextos se exige la realización de dichas estadísticas, como por ejemplo en la política de migración de la UE²⁴ y en sus indicadores sobre el programa la Mujer, la paz y la seguridad de las Naciones Unidas. Ya en los indicadores de la Unión Europea para la implementación del programa la mujer, la paz y la seguridad del año 2010 se establecía la necesidad de desagregar por sexos los datos de solicitantes de asilo. En los nuevos indicadores adoptados en 2016, el n° 20 expresa además la necesidad de proteger a las mujeres solicitantes de asilo, así como a promover buenas prácticas como medidas de protección y detección de desafíos²⁵.

Pese a la creciente atención por parte de algunas organizaciones internacionales, la falta de una fotografía precisa sobre la situación de las mujeres refugiadas parece indicar que el asunto no ha sido, por el momento, suficientemente analizado ni tomado como una cuestión principal en la gestión de flujos de migración forzada.

3. Nuevas perspectivas (¿de género?) en los conceptos de refugio y asilo

La mayoría de Estados receptores de solicitudes de asilo son los occidentales, pese a que haya sido en los países empobrecidos y en vías de desarrollo donde se han producido con mayor asiduidad los movimientos masivos de refugiados y desplazados. Sin embargo, en ciertos casos los habitantes de los campamentos de refugiados ni siquiera se encuentran en posición de reclamar asilo²⁶, por lo que las solicitudes siguen siendo más numerosas en los países del llamado primer mundo.

Como sostiene ALLAND, esta situación nos lleva a concebir un derecho de asilo de dos velocidades: una jurídica, sofisticada y minoritaria, de los países occidentales, preocupados por la gestión de los flujos migratorios y otra política, masiva y minoritaria, la de los países

²⁴ El Reglamento (UE) 216/2010 de la Comisión de 15 de marzo de 2010 por el que se aplica el Reglamento del Consejo de Europa n° 862/2007 sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional insta a los Estados a facilitar este tipo de estadísticas.

²⁵ Vid., Revised indicators for the Comprehensive approach to the EU implementation of the UN Security Council Resolutions 1325 and 1820 on women, peace and security, Brussels, 22 September 2016.

²⁶ Según el artículo 1.D de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: “*Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*”.

del “Sur”, desbordada por los movimientos brutales e incontrolados²⁷, los llamados flujos masivos de refugiados²⁸. Éstos, que constituyen el desafío más alarmante de las crisis humanitarias actuales, parecen no ser los destinatarios de las garantías del Derecho Internacional de los Refugiados.

Las instituciones de refugio y asilo surgen en un contexto político-social muy concreto y, desde entonces la regulación se ha caracterizado por su poco dinamismo. Con la Convención de Ginebra para el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 se completaba el Derecho Internacional de los Refugiados tal y como lo conocemos hoy en día. Cabe destacar que la Convención surge con motivo de la necesidad de acogida experimentada por miles de ciudadanos europeos tras la Segunda Guerra Mundial, y el Protocolo viene algunos años después a eliminar los límites temporal y espacial que establecía la primera. Así, el Derecho Internacional de los Refugiados se consagra tras la necesidad de Europa y se dinamiza, hoy en día, tras los nuevos flujos que, esta vez desde fuera, llegan a la frontera del viejo continente. De esta manera, debido a la reciente llegada a Europa de continuos flujos de refugiados en una afluencia bastante mayor a la normal, la maquinaria de *soft law* se ha puesto a trabajar, teniendo como resultado la Declaración de Nueva York sobre migrantes y refugiados de 13 de septiembre de 2016²⁹, en la que los desplazamientos forzados se sitúan como uno de los mayores retos de la época, con 65 millones de personas entre refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos.

Siendo así, es muy probable que uno de los ejes centrales en la adopción de un nuevo texto fuese la revisión restrictiva de los modelos migratorios y la gestión de los mismos³⁰, lo que podría provocar incluso opiniones a favor de reducir el concepto y el catálogo derechos de los refugiados. Ello, por supuesto, incluiría volver a prescindir de una protección específica de género en las normas vinculantes.

No así en las del *soft law*: la citada Declaración de Nueva York de 2016, siguiendo la estela de las resoluciones del programa “la mujer, la paz y la seguridad”, en esta nueva relectura del Derecho Internacional de los Refugiados no desecha la oportunidad de incluir la antes olvidada perspectiva de género. Como se puede observar, la Declaración afirma en su punto 22:

²⁷ ALLAND, D., “Le dispositif international du droit d’asile”, *Droit D’Asile et des réfugiés, Coloquio de Caen*, Pedone, París, 1997, pp. 79-80.

²⁸ Respecto a los flujos masivos Vid., RUIZ RUIZ, F., “La creación de flujos masivos de refugiados y la responsabilidad del Estado de origen”, en *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Ed.), Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pp. 297-315.

²⁹ Proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. A /71/L.1. 13 de septiembre de 2016.

³⁰ MERINO SANCHO, V. M., “Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, pp. 10, p. 2.

*“la importancia de adoptar un enfoque integral de las cuestiones pertinentes, garantizaremos que se dé a todas las personas que llegan a nuestros países, en particular las que formen parte de grandes movimientos, ya sean refugiados o migrantes, una acogida rápida, respetuosa, humana y digna, que se centre en las personas y **tenga en cuenta las cuestiones de género**”³¹. Garantizaremos también el pleno respeto y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales.*

Es cierto que en la misma se hace uso de este enfoque integral por lo que se refiere a la huida y la acogida, sin embargo, no se focaliza en las causas de la huida y la necesidad de actualización e integración de una perspectiva de género, quedando ésta limitada al primer grupo de mujeres al que hacíamos referencia arriba:

“Nos aseguraremos de que en nuestras respuestas a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes se incorpore la perspectiva de género, se promuevan la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas y se respeten y protejan plenamente los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Lucharemos en la mayor medida posible contra la violencia sexual y la violencia por razón de género. Facilitaremos el acceso a servicios de atención de la salud sexual y reproductiva. Combatiremos las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación contra las mujeres y niñas refugiadas y migrantes. Al mismo tiempo, reconociendo la importante contribución y el liderazgo de las mujeres en las comunidades de refugiados y migrantes, trabajaremos para garantizar que participen de manera plena, fructífera y en pie de igualdad en la formulación de soluciones y oportunidades locales. Tomaremos en consideración las diferentes necesidades, vulnerabilidades y capacidades de las mujeres, las niñas, los niños y los hombres”³².

Pese a que se ha producido cierta priorización de la perspectiva de género en la paz y la seguridad y las sensibilidades son hoy mayores que hacen algunas décadas, esto no ha sido suficiente para adoptar declaraciones específicas para el caso de las mujeres y niñas refugiadas. Sin embargo, las normas internacionales y nacionales (en algunos casos) son suficientes para otorgar la protección necesaria cuando se produce una persecución por motivos de género si se les ofrece una interpretación abierta y acorde con las realidades sociales del siglo XXI. Así, cuando estemos ante mujeres del segundo grupo antes mencionado, lo idóneo será buscar la interpretación del motivo “grupo social” para alcanzar la protección necesaria (siempre que no prevalezca alguno de los motivos restantes), mientras que si estamos ante situaciones de mujeres del primer grupo, siguiendo a OOSTERVELD, podría buscarse el encaje en la Convención de Ginebra en cualquier otro de los motivos de persecución³³, teniendo en cuenta además que en un concepto dinámico

³¹ Negrita de la autora.

³² *Ibidem.*, párr. 31.

³³ OOSTERVELD, V., “Women and Girls Fleeing Conflict: Gender and the Interpretation and Application of the 1951 Refugee Convention”, *Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR, September, 2012, pp. 48, p. 32.

de refugiado el temor de persecución no tiene porqué haberse producido en el lugar de origen, sino que puede ser sobrevenido³⁴.

Las dificultades para ofrecer la protección adecuada a las mujeres refugiadas tienen que ponerse en estrecha relación también con el procedimiento de asilo³⁵. Entender las dificultades de la prueba de la VBG en un contexto de huida y persecución y la necesidad de ofrecer una atención psicológica adecuada durante las entrevistas es crucial si no se quiere lesionar gravemente el Derecho de asilo de las mujeres que huyen por motivos relacionados con su género, ya que resulta más compleja aún la conclusión favorable de dichas solicitudes. En este sentido, el ACNUR recomienda en su Conclusión nº 73 del Comité Ejecutivo de 1993 que los Estados garanticen un igual acceso de hombres y mujeres a los procedimientos de asilo³⁶. Por el contrario, existen más posibilidades de éxito en el procedimiento cuando las solicitudes de mujeres se refieren a situaciones neutras al género o cuando éstas se pueden asimilar a las persecuciones sufridas, en mayor medida, por hombres³⁷.

Serán las solicitudes de asilo realizadas por las mujeres del segundo grupo (en las que la VBG es la causa de huida) y recibidas por los Estados lo que ponga sobre la mesa la necesidad de interpretar adecuadamente la protección o, de al menos, clarificar cuál es la situación jurídica resultante de una persecución por el hecho de ser mujer. Las respuestas a estas reivindicaciones sociales y solicitudes se han producido casi de manera unidireccional. Como se ha puesto de manifiesto, entre solucionar la cuestión legislando a nivel universal y hacerlo interpretando, los miembros de la Comunidad Internacional se ha decantado por la segunda opción.

³⁴ Vid., Manual y Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, ACNUR, Ginebra, diciembre 2011. El párrafo nº 94 establece: 94: “el requisito de que una persona debe encontrarse fuera de su país para ser refugiado no significa que deba necesariamente haber salido de ese país ilegalmente ni que haya debido abandonarlo por razón de fundados temores. Puede haber decidido solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado encontrándose ya en el extranjero desde algún tiempo atrás”. Otro ejemplo que sigue esta línea es la Posición Común 96/196/JAI sobre la aplicación armonizada del concepto de refugiado que adoptara en 1996 el Consejo Europeo determina que “no es necesario que el temor a la persecución existiera ya en el momento de abandonar el país de origen. Una persona que no haya tenido que temer ninguna persecución en el momento de abandonar su país de origen puede más tarde, estando en el extranjero, convertirse en "refugiado in situ".

³⁵ MIGUEL JUAN, C., *Refugiadas.*, op. cit., p. 127 y s.s.

³⁶ Conclusión nº 73 sobre protección de los refugiados y violencia sexual, Comité Ejecutivo del ACNUR, 44º período de sesiones, ACNUR, 1993.

³⁷ ARENAS, N., “La obtención del estatuto de refugiada en occidente. La persecución por motivos relacionados con el género en la normativa de asilo de la Europa comunitaria”, en *Género, Ciudadanía y Globalización*, vol. 1, Sevilla, Alfar, 2009, pp. 97-119.

II. INTERPRETACIONES SOBRE LA PERSECUCIÓN DE GÉNERO

En efecto, la realidad es que no se ha legislado, sino interpretado los textos ya existentes³⁸ pese a que éstos resultan anacrónicos. Así, la única opción de protección de las mujeres que sufren persecución por el hecho de serlo es que ésta pueda ser encuadrada en alguno de los motivos legalmente tasados en la Convención de 1951 (raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas). Estas interpretaciones han sido múltiples y variadas, teniendo en cuenta que el derecho de asilo es en esencia sólo declarativo³⁹ y, en todo caso, los Estados tienen potestad para aplicarlo o no. La doctrina es casi unánime al afirmar la ausencia de un derecho subjetivo al asilo⁴⁰, por lo que las interpretaciones sobre el mismo toman un valor trascendente.

En virtud de su importancia podemos clasificar las interpretaciones realizadas en tres grupos:

- Interpretación institucional del ACNUR
- Interpretaciones regionales en el concepto de “refugiado”
- Interpretaciones de carácter jurisprudencial

La interpretación que realiza el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁴¹ resulta esencial por haber constituido el punto de partida de la tendencia mayoritaria en la inclusión del concepto *género* en la interpretación de la Convención de 1951. Igualmente, cómo se ha interpretado y ampliado el concepto de refugiado en instrumentos nacionales o regionales de diversos contextos geográficos tiene importantes consecuencias en la regulación de la persecución de género.

En cuanto a las interpretaciones jurisprudenciales, dada la variabilidad de las tendencias a nivel interno, el análisis se centrará en los casos más significativos que han creado y consolidado las tendencias más relevantes en este ámbito, provenientes de órganos jurisdiccionales de Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, Estados Unidos y España. Lamentablemente, esto supone dejar fuera otras muchas interpretaciones de tribunales internos de otros Estados cuyo análisis completo supondría un objeto de investigación

³⁸ MUSALO, K., “La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus Derechos Fundamentales”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 8, 2005, pp. 9-22.

³⁹ Al respecto Vid., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “Artículo 18. Derecho de asilo”, en *Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, (MONEREO PÉREZ, J. L. Y MONEREO ATIENZA, C. Coords.), Editorial Comares, Granada, 2012, pp. 415-431.

⁴⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, COLEX, Madrid, 2002.

⁴¹ Sobre las responsabilidades del ACNUR con respecto al Derecho Internacional de los Refugiados Vid., LEWIS, C., *UNHCR and International Refugee Law*, Routledge, London and New York, 2012, pp. 195.

demasiado amplio para este artículo. Igualmente, se tendrán en cuenta las sentencias más significativas y actuales de Tribunales Internacionales.

1. Interpretación del ACNUR. El género como grupo social, ¿un cajón adecuado?

Será el propio ACNUR quien aliente a los Estados a considerar el grupo social como motivo adecuado a las persecuciones de género, a través de sus Directrices de 1991 para la Protección de las Mujeres Refugiadas⁴².

Pero en cuanto al requisito de grupo social existen no pocas controversias dada su condición indeterminada. Hay que subrayar que el hecho de que se incluyan formalmente los requisitos de raza, religión, nacionalidad y opiniones políticas vacía de contenido en gran medida al concepto de grupo social, no entendiéndose su formulación como categoría aparte si no es para incluir una suerte de “motivo abierto” que quede a juicio de interpretaciones amplias (o restrictivas) posteriormente. El *Manual* del ACNUR⁴³ aclara que:

“Un “determinado grupo social” suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad”⁴⁴.

Como podemos observar, ni el concepto ni la posterior interpretación del ACNUR han sido capaces de concretar el término “grupo social” que parece, en ocasiones, algo restringido y, en otras, demasiado abstracto. De este modo, la expresión “condición social similar” podría abarcar muchos aspectos sin que impere la necesidad de pertenencia a un determinado grupo organizado, sino únicamente de asimilarse a personas de la misma o parecida “condición”. Sin embargo, el *Manual* prosigue afirmando que:

“el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas

⁴² “El Comité Ejecutivo de la Oficina del ACNUR ha alentado a los Estados a considerar a las mujeres perseguidas por estas razones como un grupo social para asegurar su protección, pero se deja a la discreción de los países seguir esta recomendación”, Guía para la protección de las mujeres refugiadas, Ginebra, 1991, párr. 54.

⁴³ Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), primera publicación en 1988. Última publicación en 1992. El documento está accesible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>. El Manual fue publicado por primera vez en 1989 y la última revisión es de 1992, por tanto podemos considerar que sus conclusiones sobre el grupo social no son acordes con la Guía para la protección de las mujeres refugiadas de 1991.

⁴⁴ *Manual de procedimientos y criterios para determinar...*, op. cit., párr. 77.

circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser causa bastante para temer la persecución”⁴⁵.

Bajo esta premisa, la persecución por motivos de género no sólo queda fuera del marco de protección de la Convención y el Protocolo, sino que además, en el caso de que pudiera incluirse dentro de la persecución por la pertenencia a un grupo social determinado esto no bastaría, pues habría que justificar a su vez el fundado temor de persecución mediante la pertenencia a ese grupo social determinado, implicando la necesidad de establecer el nexo causal en la persecución.

La aplicación de la Convención de 1951 a las nuevas realidades sociales ha tenido como consecuencia la publicación de sucesivas guías y directrices del ACNUR, lo que por otro lado, no ha logrado elucidar la cuestión completamente. Con este telón de fondo, el propio ACNUR publica en el año 2002 dos guías de interpretación de la Convención de 1951: una sobre la persecución por motivos de género⁴⁶ y otra sobre la definición de “grupo social”⁴⁷.

La Guía sobre la Persecución por Motivos de Género (en adelante, la Guía) intenta introducir una perspectiva de género a lo largo de toda la definición de refugiado de la Convención de 1951, aludiendo al espíritu y finalidad de la misma. Como hemos observado anteriormente, la Convención no reparó en el género, ya que surgió en un momento histórico determinado y se dirigía a paliar unas necesidades muy localizadas. Sin embargo, queriendo salvar esta laguna, el ACNUR interpreta que el género sí se contempla en dicho tratado:

“Aunque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de ese trato. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951”⁴⁸.

De conformidad con lo que el ACNUR considera la “interpretación debida” de la Convención según las directrices sobre género comentadas, la perspectiva de género a lo largo de su definición abarca los siguientes aspectos:

⁴⁵ *Ibidem.*, párr. 79.

⁴⁶ *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1º(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002.

⁴⁷ *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del Artículo 1º(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002.

⁴⁸ *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: La persecución por motivos de género...*, *op. cit.*, p. 3, párr. 6.

- Persecución: se estima como suficiente para admitir las solicitudes de asilo por motivos de género la existencia en el país de origen de una ley, una práctica persecutoria, o una pena severa específicamente dirigida a las mujeres. Leyes, prácticas o penas que, mediante un criterio de valoración cultural, se estime que no se adaptan a los estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

- “Por motivos de”: sin embargo la persecución en sí misma no bastaría porque debe basarse en uno de los motivos de la Convención. Es decir, una ley que persigue a las mujeres en razón del adulterio no resultaría suficiente argumento para solicitar el estatuto, sino que deberá conectarse con alguno de los motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o grupo social. Es el establecimiento de esta relación causal lo que llevará a estimar las solicitudes de asilo. Por tanto resultaría fundamental identificar que la persecución tiene como base la pertenencia a un grupo social determinado o, en su caso, conexión con algún otro de los motivos aceptados por la Convención de 1951.

- Motivos: la Guía dota de una perspectiva de género a todos y cada uno de los motivos de la Convención, siendo en algunos casos el resultado, cuanto menos, forzado. Así, nos expone que la persecución por motivos de “raza” se puede manifestar de diferente manera para hombres y mujeres. No obstante, esta aclaración no era necesaria ya que lo que la Convención de 1951 exige es que exista fundado temor de persecución por motivos de raza, no que esa persecución sea la normalmente sufrida por los hombres o por las mujeres. Lo mismo ocurre con la “religión”, que además en esta Guía se fusiona con la “opinión política” en casos de religiones oficiales del Estado. Así, se confirma que las mujeres pueden sufrir represalias por sus opiniones religiosas o políticas. Otra vez, nada nuevo bajo el sol. En cualquier caso, los hombres también pueden sufrir persecución por estos motivos, aunque se basen en exigencias religiosas o políticas diferenciadas. En cuanto a la “nacionalidad”, la Guía establece que:

“Aunque la persecución por motivos de nacionalidad (lo mismo que por raza) no es específica de hombres o mujeres, en muchos casos, la naturaleza de la persecución adopta una forma específica de género, y comúnmente, manifestada a través de violencia sexual contra mujeres y niñas”⁴⁹.

Sin duda, es valiosa la información aportada por la Guía a la hora de valorar los tipos de persecución en que pueden incurrir los Estados diferenciando las situaciones normalmente sufridas por hombres y por mujeres. Dada la complejidad de elaborar nuevas normas en el Derecho Internacional y la posible reducción de derechos a la que los refugiados se podrían ver sometidos, la inclusión de la violencia sexual contra mujeres y niñas como un motivo de persecución para la obtención del estatuto de refugiado ha de ser interpretativa. No obstante, esta circunstancia sólo es sólida para casos subsumidos en supuestos de nacionalidad y raza, como se desprende de la afirmación anterior. Ante esta ausencia, la

⁴⁹ Ibídem.

guía del ACNUR adecua la interpretación de la Convención mediante un instrumento de *soft law*⁵⁰. En efecto, se trataría de una pretensión meritoria, que nace de la necesidad de ofrecer “alguna” protección a las mujeres que sufren persecución por el hecho de serlo.

En cuanto al motivo de “grupo social” este ha sido analizado separadamente en las Directrices sobre pertenencia a un grupo social antes enunciadas. En ellas, el Alto Comisionado ofrece algunas aclaraciones sobre la interpretación que deben hacer los Estados del “grupo social” pero sobre todo, lo que ofrece es un análisis sobre la práctica que los Estados han llevado a cabo hasta ese momento. Cabe preguntarse entonces si las directrices provienen de una interpretación autónoma sobre el “grupo social” hecha por este organismo o ha sido derivada de las ya hechas por los Estados. En este último caso, el único propósito del ACNUR consistiría en tratar de uniformar la práctica conforme al espíritu y finalidad de la Convención de 1951. Por ello, este análisis sólo recae en la práctica que ha interpretado ampliamente el “grupo social” y ha admitido al género como tal.

En cualquier caso, las directrices nos exponen dos modelos o enfoques del término “grupo social”⁵¹, basados en las siguientes circunstancias:

- Características protegidas: en tanto que el grupo se identifique con la inmutabilidad de su condición.
- Percepción social como grupo: la característica común hace que este grupo sea distinguible por la sociedad.

En ambas circunstancias, la práctica de los Estados ha admitido las solicitudes de mujeres por considerarlas “grupo social” según las circunstancias determinadas de la sociedad en la que vivan⁵².

En la doctrina se ha venido diferenciando la persecución por motivos de género en dos modelos, a saber: “generización” y “género”⁵³. En el primer caso se hace referencia a las situaciones de persecución que se encuentran dentro de los motivos de la Convención de

⁵⁰ WALLACE, R.; MARTÍN ORTEGA, O., “La perspectiva de género en los procesos de concesión del estatuto de refugiada en Derecho Internacional”, *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, n° 11, 2004, pp. 89-96.

⁵¹ *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: La persecución por motivos de género...*, op. cit., párr. 3.

⁵² Además, el ACNUR interpreta que el grupo social no requiere cohesión de sus miembros, no es necesario que todos los miembros estén en riesgo de ser perseguidos y que el tamaño del grupo es irrelevante. *Ibidem.*, pp. 4-6.

⁵³ KNEEBONE, S., “Women Within the Refugees Construct: “Exclusionary Inclusion” in Policy and Practice- the Australian Experience”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, n° 1, 2005, pp. 7-42, p. 23; ANKENBRAND, B., “Refugee Law Under German Asylum Law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, n° 1, pp. 45-56, p. 47.

1951 en sentido estricto, pero la forma en la que ésta se produce se debe al género⁵⁴. Aquí es donde se encuentra casi todo el contenido de las directrices comentadas del ACNUR y donde efectivamente podría encuadrarse la protección del antes mencionado “primer grupo”.

En el segundo caso, el motivo es autónomo, el género es el motivo y lo es por sí solo. Las mujeres son perseguidas por ser mujeres. Aquí es donde las lagunas persisten. Y no sólo aquí, sino en todos los demás casos que difícilmente caben en los supuestos anteriores.

1. Interpretaciones regionales del concepto de refugiado

La necesidad de adecuar la Convención de 1951 a las circunstancias sociales actuales ha sido tomada en cuenta en diversos contextos. En algunos casos se han hecho interpretaciones extensivas de la propia Convención y, en otros, se han formulado nuevos textos complementarios y directrices de ayuda. Canadá fue el primer Estado en adoptar una Guía sobre solicitudes de asilo de mujeres refugiadas⁵⁵, después se sumaron las de Suecia, Holanda, Australia, Estados Unidos, Reino Unido e Irlanda.

A nivel regional, el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) de la Unión Europea sigue las interpretaciones ofrecidas en el ya mencionado *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (en adelante “Manual”). Así, la llamada Directiva de requisitos⁵⁶ ofrece la posibilidad de considerar el género y la orientación sexual como motivos insertos en la categoría de “grupo social” pero, al no tratarse de un reconocimiento general, habrá que examinar caso por caso si se puede concluir la pertenencia al mismo, en orden a las circunstancias sociales imperantes en el territorio de origen. Por otro lado, resulta contradictorio que en su artículo 9, relativo a los actos de persecución, se incluyan los actos de violencia sexual y los dirigidos contra las personas por razón de su sexo. Como ya sostiene el *Manual*, los actos de persecución deben conectarse con uno o más motivos de persecución, con lo cual, la introducción de estas situaciones como “actos” no es suficiente para garantizar la protección si éstos no están reconocidos como motivos⁵⁷. Sin embargo, esta falta de contundencia normativa ha sido atenuada por la jurisprudencia del TJUE a propósito de la orientación sexual, siguiendo las recomendaciones del *Manual* de incluir el caso concreto como una persecución por el

⁵⁴ MERINO SANCHO, V. M., “Derecho de asilo...”, op. cit., p. 3.

⁵⁵ RAMÍREZ, J., “The Canadian Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-related Persecution”, *Refugee*, vol. 14, nº 7, 1994.

⁵⁶ 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, DO L/337/9, de 20 de diciembre de 2011.

⁵⁷ Manual de Procedimientos y Criterios..., op., cit., párr. 45.

motivo de grupo social, como demuestran los casos acumulados *C-199/12 a C-201/12* (X y otros contra Minister Voor Immigratie en Asiel, Países Bajos)⁵⁸.

Es interesante señalar que también la Directiva de requisitos señalada establece que los agentes de persecución pueden ser agentes no estatales⁵⁹, lo que tiene una incidencia valiosa en la protección de las mujeres refugiadas.

En España, la actual Ley de Asilo (*Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*) recoge la persecución por motivos de género u orientación sexual, como causa de asilo en España⁶⁰, con lo que la regulación es más garantista que la proporcionada en el marco regional. Sin embargo, en todo el ámbito de la UE el derecho de asilo tiene una limitación, ya que éste está dirigido únicamente a los ciudadanos extracomunitarios, considerándose -salvo inusuales excepciones tasadas- que los Estados Miembros son países de origen seguro y que la pertenencia a la Unión dota *per se* a sus ciudadanos del disfrute de un estatus de protección suficiente⁶¹. Debido a la especificidad de los agentes y los tipos de persecución, los actores no estatales perseguidores son normalmente esposos y familiares, por lo que el hecho de que quede fuera la posibilidad de solicitar asilo dentro de la propia Unión Europea tiene un impacto específico de género, dándose por sentado que en las fronteras de la misma, así como en el resto de aquellos reconocidos como “países de origen seguros”⁶² no tiene lugar dicha persecución, lo cual tiene una especial incidencia en la falta de protección ante la violencia de género.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de noviembre de 2013 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State - Países Bajos) – Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel /X (C-199/12), Y (C-200/12), Z / Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-201/12) (Asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12). Accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d593d104a4e9bf4b6f984dbec2e2817365.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pa3uNe0?text=&docid=145582&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1030939>.

⁵⁹ DIRECTIVA 2011/95/UE ... op cit., art. 6.

⁶⁰ Título Preliminar, Artículo 3: Definición de persona refugiada. *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 u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, 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.*

⁶¹ Protocolo n° 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010. Documento 12008E/PRO/24, Diario Oficial n° 115 de 09/05/2008 p. 0305 – 0306.

⁶² La pretendida elaboración de una lista de países de origen seguro por parte de la UE tiene como objetivo excluir a los posibles solicitantes de asilo provenientes de dichos territorios.

La Oficina de Asilo y Refugio española (OAR) también entiende que quedaría fuera de la protección otro tipo de persecución de género: la trata de personas. Por encontrarse ya recogido en la legislación penal y no contar con el beneplácito del Estado⁶³.

Salvo estas lagunas, sí es cierto que, tanto en España como en la Unión Europea, existe un mayor grado de protección contra la persecución de género que el existente a nivel universal, además se encuentra parcialmente en línea con las interpretaciones recomendadas por el ACNUR.

Igualmente, es necesario destacar dentro de este ámbito regional la protección ofrecida por el Consejo de Europa, pese a que el CEDH no contempla el Derecho de asilo, se ha venido ofreciendo protección a los solicitantes a través del artículo 3, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, al considerar que el retorno a Estado de procedencia podría ocasionar una lesión en este derecho, protegiendo la “vulnerabilidad especial”⁶⁴ de los demandantes de asilo en lo que podríamos interpretar como una inclusión *de facto* en el artículo 3 del Convenio del *non refoulement*. Pero además, destaca la importancia de la protección ofrecida a través de su Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁶⁵, en cuyo artículo 60 reconoce tácitamente que la “violencia contra la mujer basada en el género”⁶⁶ es una forma de persecución de género, e insta a los Estados a adoptar medidas que puedan favorecer la obtención del estatuto de refugiada en tales casos, recomendando, además, una interpretación de género de todos los motivos de la Convención de Ginebra de 1951, en línea con el ACNUR. Además, el artículo se preocupa por la situación de las mujeres refugiadas, exigiendo a los Estados el establecimiento de procedimientos de acogida sensibles al género.

Bastante anteriores en el tiempo, otros contextos regionales optaron por crear instrumentos legales ofreciendo protección a los refugiados. En el ámbito africano esto se produjo a través de las *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de los refugiados en África de 1969*⁶⁷. El texto de la OUA va a crear una tendencia amplia del

⁶³ *Persecución por motivos...*, op. cit.

⁶⁴ MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, 2010, p. 803, pp. 183-204.

⁶⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011.

⁶⁶ El uso de los términos en este Convenio es confuso, lo que incluye la expresión “violencia contra la mujer basada en el género” o haber añadido en el mismo texto la protección contra la violencia doméstica.

⁶⁷ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 10 September 1969. En su artículo I.2 amplía el concepto de la siguiente manera:

“ El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”

concepto, incluyendo motivos de persecución especialmente sensibles en el ámbito regional africano para la época (agresión exterior, ocupación y dominación extranjera). Sin embargo, no se consideró la persecución por motivos de género, que permanecerá invisibilizada también en esta nueva tendencia, junto con la orientación sexual.

Siguiendo esta línea, en el ámbito interamericano también hay que destacar la existencia de un concepto de refugiado más amplio que el de la Convención de Ginebra⁶⁸. La Declaración de Cartagena de 1984 ya recogía en su número tres una ampliación a

“las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁶⁹.

En este texto tampoco se reconocía expresamente la persecución de género, más allá de la que pudiera existir con motivo de una violación masiva de derechos humanos. Algunos décadas después, en este ámbito regional destaca Chile⁷⁰, quien en su Ley N° 20.430 incorpora la necesidad de aplicar una perspectiva sensible al género en la interpretación de cada uno de los elementos del concepto de refugiado⁷¹.

En cualquier caso, dada la ausencia de un reconocimiento universal sobre la persecución por motivos de género, la importancia que tienen los avances en los contextos regionales y/o nacionales no es baladí. Incluso se podría apuntar a un desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Refugiados a nivel regional. En este sentido además, siguiendo la línea de CORCUERA respecto a la Declaración de Cartagena: *“debemos preguntarnos si, a veinte años de distancia, la Definición, considerando la totalidad de sus*

⁶⁸ La aprobación de la Declaración de Cartagena venía también a cristalizar el Derecho Internacional de los Refugiados en el continente americano, dada la pobre recepción que tuvo en el mismo la Convención de Ginebra de 1951. Sólo cuatro Estados de esta región enviaron delegados a la Conferencia de Plenipotenciarios para los trabajos preparatorios de la misma (Brasil, Colombia, Cuba y Venezuela). El desinterés de los Estados iberoamericanos en aquello se debía principalmente a dos cuestiones: la creencia de que era suficiente una nutrida práctica consuetudinaria y la convicción de que la Convención de Ginebra de 1951 afrontaba la cuestión de los refugiados sólo desde una óptica eurocéntrica, lo que, por otra parte, no distaba mucho de la realidad. (Sobre este particular Vid. entre otros: FRANCO, L.; SANTISTEBAN DE NORIEGA, J., “La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de los refugiados en América Latina”, Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004), ACNUR, 2004, pp. 81-139, p. 90. Accesible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3728; ESPONDA, J., “La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados”, en El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina, FRANCO, L (Coord.), 1ª. Ed., ACNUR, Siglo XXI Ed. Argentina, 2003, pp. 79-126, párr. 97.

⁶⁹ Punto tres de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de 22 de noviembre de 1984.

⁷⁰ Para un análisis más profundo Vid., ALONSO MERINO, A., “El refugio por razones de género”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 12, 2006, pp. 55-66.

⁷¹ Ley N°20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior. República de Chile, 15 de abril de 2010.

*componentes, ha adquirido el rango de Derecho Internacional consuetudinario regional o no*⁷² y, yendo más allá, si podríamos considerar dicha ampliación como Derecho Internacional consuetudinario general, lo que podría constituir la única base jurídico-internacional de reconocimiento directo del estatuto de refugiado a las mujeres que sufren persecución por el hecho de serlo en contextos, bien de violencia generalizada, bien de conflicto armado.

En ese caso hay que observar que estamos ante un concepto dinámico, que no puede quedar anclado a las razones de su redacción en 1951. Para analizar con más profundidad este fenómeno resulta fundamental examinar las tendencias y la comprensión del concepto de refugiado que se han realizado en los tribunales internos de diversos Estados y también en tribunales internacionales con pronunciamientos relevantes sobre esta materia y la persecución de género, objeto del presente trabajo.

2. Interpretaciones jurisprudenciales de los Tribunales internos e internacionales

Dado que la Convención de 1951 no incluía expresamente ni el sexo ni el género como motivos de persecución, las tendencias interpretativas se han basado en subsumir los supuestos de persecución por el hecho de ser mujeres en el supuesto de “grupo social determinado”, como hemos analizado respecto a la Guía del ACNUR. En este mismo sentido se han pronunciado numerosos tribunales de diferentes Estados, discutiendo no sólo si las mujeres constituyen (en ciertas circunstancias) un grupo social, sino también si en las situaciones de persecución sufridas, existe el nexo causal necesario que establece la Convención de 1951: “por motivos de”. Por tanto, considerar que las mujeres constituyen un grupo social no será suficiente si no se constata que la persecución se da precisa y fundamentalmente por ese motivo.

Hay que señalar que algunos tribunales internacionales de Derechos Humanos también se han pronunciado con respecto a la persecución por motivos de género, pero en este caso, las líneas jurisprudenciales han sido establecidas primero por los tribunales internos, y después seguidas en algún término por tribunales internacionales, por lo que el análisis va a centrarse excepcionalmente en las sentencias internas de algunos Estados de referencia, sin que ello sea óbice para hacer referencia a sentencias significativas y actuales en el ámbito internacional.

⁷² CORCUERA CABEZUT, S., “Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado”, *Memorias sobre el Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados*, San José, 2004, pp. 193-231, p. 196.

La primera decisión trascendental sobre esta cuestión es la de la Casa de los Lores en el asunto *Islam; Ex Parte Shah* de 1999⁷³ (Reino Unido), en el que se acumularon los casos de dos mujeres paquistaníes que huían de la violencia de género por parte de sus maridos. En ambas situaciones quedó verificado el miedo a la persecución y la persecución misma por parte de sus cónyuges, pero el Tribunal desechó el argumento de que esa persecución estuviera conectada con la pertenencia a un grupo social determinado⁷⁴. No obstante, sí estimó que las mujeres pertenecían a un grupo social determinado basado en circunstancias de género y, a partir de este argumento, pese a considerar que sus maridos no ejercían la violencia por motivo de la pertenencia a este grupo, sí entendieron que fue la pertenencia al grupo social del género la causa de la desprotección de estas mujeres por parte del Estado, y es aquí donde el nexo causal sí pudo ser establecido⁷⁵.

Esta tendencia jurisprudencial evita el nexo causal con respecto a los actores no estatales (en este caso, los maridos), pero sí confirma el mismo cuando el Estado no proporciona una protección eficaz hacia la persecución. Como afirma MUSALO, “*its approach is consistent with the growing recognition of State responsibility to provide protection to its nations without discrimination*”⁷⁶. De esta manera, las solicitudes de asilo se pueden conceder en virtud de una omisión en el comportamiento estatal, pero no incidiendo en el comportamiento violento de los individuos.

Sólo siete meses después de la sentencia en el caso *Islam: Ex Parte Shah* tiene lugar otra decisión similar por parte de los Tribunales de Nueva Zelanda en el asunto *Refugee Appeal No. 71427/99*⁷⁷, en el que la demandante de asilo es una ciudadana iraní. La causa de persecución alegada vuelve a ser de la violencia de género por parte del ex marido. El Tribunal siguió la tendencia marcada por el caso *Islam Ex Parte Shah*, entendiendo que la violencia física y psíquica constituían un grave daño y una persecución, considerando al Estado responsable de proteger a la demandante frente a esa violencia. El Tribunal afirmó además que Irán “*condoned, if not actively encouraged, non-state actors such as husbands or former husbands to cause serious harm to women*”⁷⁸. Igualmente, la responsabilidad del Estado en el caso de Irán iba más allá por la existencia de medidas discriminatorias para las mujeres que constituían graves perjuicios a las mismas, afirmando que :

*“the policy of gender discrimination and the enforcement of gender-based norms against women as a group in Iran is of a nature which permits a finding of persecution”*⁷⁹.

⁷³ *Islam v. Secretary of State for the Home Department and Regina v. Immigration Appeal Tribunal*, Ex Parte Sha, E. R., 546, 1999.

⁷⁴ *Ibidem.*, párr. 550.

⁷⁵ MUSALO, K., “Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale For Evolving Jurisprudence”, *DePaul L. Rev.*, vol. 54, 2002-2003, pp. 777-809, p. 788.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 789.

⁷⁷ *New Zealand, Refugee Appeal No. 711427/99*.

⁷⁸ *Ibidem.*, párr. 118.

⁷⁹ *Ibidem.*, párr. 78.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptará la misma tendencia jurisprudencial sólo un año después, en el caso *Jabari c. Turquía* (2000), considerando que el Estado incurriría en una violación del artículo 3 (sin aclarar si se trataría de tortura o de tratos inhumanos o degradantes) si la actora fuera deportada a su país de origen, Irán. *Jabari* había trasgredido costumbres y convenciones sociales al haber cometido “adulterio”, por lo que se exponía a un serio peligro de morir apedreada, lo cual certificó el propio ACNUR. Sin embargo, el incumplimiento de un estricto plazo de cinco días desde la llegada al territorio para haber solicitado el asilo fue motivo suficiente para que el Estado denegara tal Derecho. Como afirma el TEDH, la aplicación automática de un plazo tan estricto puede estar confrontando valores fundamentales del Convenio⁸⁰, por lo que finalmente considera que su eventual deportación podría violar el artículo 3 del CEDH. El TEDH protege en virtud del artículo 3 del Convenio frente a una persecución por parte de actores no estatales que, en este caso, está fomentada y tolerada desde el propio Estado.

En el año 2002, la Corte Suprema de Australia dictó una Sentencia en el asunto *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*⁸¹. En este caso una mujer de nacionalidad paquistaní afirma haber sido víctima de abusos y amenazas de muerte por parte de su marido y otros miembros de la familia de éste. Además, *Khawar* sostuvo haber acudido repetidamente a las autoridades de su país para denunciar los hechos, sin que se hubiera iniciado procedimiento alguno al respecto⁸². Pese a la rotundidad de las acusaciones, el tribunal de primera instancia denegó la protección de asilo, pero en la apelación a la Corte Suprema se siguió la tendencia jurisprudencial marcada en Reino Unido y Nueva Zelanda, considerando, en primer lugar, la pertenencia a un grupo social determinado, afirmado que “*women in any society are a distinct and recognisable group*”⁸³ y responsabilizando al Estado, y no a los actores no estatales, de la persecución por motivos de pertenencia a un grupo social determinado basado en una circunstancia de género⁸⁴. Estas consideraciones son acogidas en el año 2008 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, aunque al margen del Derecho de asilo el Tribunal considera que la violencia física ejercida por el marido hacia su mujer e hijo no puede seguir considerándose un “asunto privado”, reafirmando la obligación de los Estados de proteger el respeto a la vida familiar, en atención al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁵. Un año después, en *Opuz c. Turquía* (2009) el Tribunal consideró que la

⁸⁰ *Jabari v. Turkey*, N°4035/98, Judgement, Strasbourg 11 de July de 2000. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["jabari"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["itemid":\["001-58900"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁸¹ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, 2002, 76, A.L.J.R., 667.

⁸² *Ibidem.*, párr. 94. Según la señora Khawar el oficial de Policía se respondió en una ocasión lo siguiente: “*women always traed to blame their husbands for problems for which they themselves were the real cause*”.

⁸³ *Ibidem.*, párr. 35.

⁸⁴ *Ibidem.*, párr. 120.

⁸⁵ *Bevacqua and S. c. Bulgaria*, Judgement, Strasbourg, 12 June 2008. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-2383539-2558191#{"itemid":\["003-2383539-2558191"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-2383539-2558191#{).

violencia intrafamiliar con resultado de muerte estuvo directamente conectada con la pasividad de jueces y policías, condenando, por tanto, al Estado por omisión de la protección de la víctima⁸⁶ en virtud de los artículos 2 (Derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación). Pese a que en ninguna de las sentencias estaba considerándose el asilo, es interesante su análisis ya que el TEDH consolida con ellas la tendencia de condenar al Estado por no haber evitado los daños perpetrados por actores no estatales, en ambas sentencias relativos a violencia de género. En el mismo sentido, es interesante señalar la sentencia de 2009 en el caso *Campo Algodonero vs. México*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se responsabiliza internacionalmente al Estado de manera parcial por la desaparición y muerte de tres jóvenes, ya que había incumplido su deber de investigar las desapariciones y, con ello, se considera que ha atentado, entre otros, contra la vida, la integridad y libertad personales de las víctimas. En la misma sentencia se indican, como novedad, formas de reparación concretas, como la obligación de conducir una investigación eficaz sobre lo ocurrido⁸⁷. El ejemplo del TEDH y la CIDH son una muestra de cómo los tribunales internacionales de Derecho Humanos pueden establecer responsabilidad hacia el Estado por los actos cometidos por actores no estatales, también cuando se trata de violencia hacia las mujeres.

En el asunto concreto del Derecho de asilo por razones de género, después de los pronunciamientos referidos es necesario destacar los importantes casos clave de Estados Unidos de Norteamérica, con las sentencias en *Matter of Kasinga*, en 1996 y *Matter of R-A-* en 1999⁸⁸. *Matter of Kasinga* es un caso que aporta novedades en las causas por las que se solicita el asilo: Mutilación Genital Femenina (MGF) y poligamia forzada. La demandante, natural de Togo, contaba con la protección de su padre, que era contrario a estas prácticas. Sin embargo, tras la muerte de éste, otros parientes toman el control de su vida y pretenden obligarla a contraer matrimonio con un hombre que, además, ya tiene otras esposas, y a practicarse la MGF⁸⁹.

Tras la denegación de su solicitud de asilo por un juez de inmigración, el Board of Immigration Appeals (BIA) admitió la existencia de una persecución, así como la pertenencia a un grupo social determinado que, en este caso, se definió como “*young women of the Tchamba-Kunsuntu Tribe, who have not had FGM as practiced by the tribe, and who oppose the practice*”⁹⁰. Sin embargo el Board of Immigration Appeals comprobó

⁸⁶ *Opuz v. Turquía*, Judgement, Strasbourg, 9 June 2009. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945#{"itemid":\["001-92945"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945#{).

⁸⁷ Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁸ MUSALO, K., “A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly Be Inching Towards Recognition of Women’s Claims”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, nº 2, 2010, pp. 46-63.

⁸⁹ MUSALO, K., “Revisiting Social Group and Nexus ...”, op. cit., p. 799.

⁹⁰ *In re Kasinga*, 21.I & N. Dec. 357 (BIA 1996), párr. 3-4.

las dificultades para establecer la relación causal en la motivación que llevó a los parientes de *Kasinga* a intentar proceder con dichas prácticas, esgrimiendo que no existía una intención concreta de cometer una persecución por alguno de los motivos tasados en la Convención de 1951, sino que “presumably most of them believe that they are simply performing an important cultural rite that Bonds the individual society”⁹¹.

Como podemos observar, en este caso encontramos elementos de multiculturalidad que hacen más compleja la determinación de la intención y la definición del grupo social. En estos supuestos, se ha de conjugar el respeto a los Derechos Humanos con una visión multicultural de los mismos⁹², como ha afirmado la Resolución 55/91 (1991) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Diversidad Cultural⁹³. Esta demanda dificulta más aún el establecimiento de una relación causal en la motivación de los actores no estatales. Pero de nuevo siguiendo la tendencia jurisprudencial anterior, se considera probada esta relación respecto a la existencia de una situación de opresión basada en el género existente en la sociedad, e invocando, de nuevo la responsabilidad estatal⁹⁴.

Hay que señalar igualmente que, el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han producido diversos pronunciamientos sobre supuestos de MGF, como el asunto *Izebekhai c. Irlanda* (2011), el asunto *Omeredo c. Austria* (2011) o el asunto *Sow c. Bélgica* (2016). Todos ellos, pese a que el Tribunal ha ratificado que la MGF es una manifestación de violencia de género y se han interpuesto medidas cautelares para paralizar las expulsiones, finalmente fueron inadmitidos por falta de pruebas en la realización de dichas prácticas⁹⁵.

En la jurisprudencia española también se ha seguido la línea del TEDH, habiendo denegado la protección internacional o inadmitido a trámite diversos casos de MGF⁹⁶. Sin embargo, en Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2006 la MGF dio lugar a la protección subsidiaria⁹⁷, que en la Ley de Asilo se extiende a la protección de las personas

⁹¹ INS Reply Brief at 16. *In re Kasinga*, 21.I. & N. Dec. 357, (BIA 1996).

⁹² Al respecto Vid., MARTÍN MARTÍNEZ, M.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “La protección internacional de los Derechos Humanos de las mujeres. Una visión desde la multiculturalidad y la perspectiva de género”, en *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, (LAURENZO COPELLO, P.; DURÁN MUÑOZ, R., Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 271-310.

⁹³ Resolución 55/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 2000.

⁹⁴ *In re Kasinga*, 21.I & N. Dec. 357 (BIA 1996), párr. 366.

⁹⁵ *Izebekhai v. Ireland*, Decision as to the Admisibility, Strasbourg, 17 May 2011. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105081#{"itemid":\["001-105081"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105081#{); *Omeredo v. Austria*, Decision as to the Admisibility, Strasbourg, 20 September 2011. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106527#{"itemid":\["001-106527"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106527#{).

⁹⁶ Sobre este particular, Vid., MIGUEL JUAN, C., “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *The Aire Centre*.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-administrativo de 24 de marzo de 2006. Número de recurso 429/04.

que puedan sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en sus países de origen. Además, el voto particular de la magistrada Isabel Perelló consideraba que la persecución de género, entre cuyas formas se encuentra la MGF, la violencia de género o la transgresión de códigos de conducta, está contemplada en la Convención de Ginebra si ésta se interpreta conforme a su espíritu y finalidad y a las directrices del ACNUR⁹⁸.

En Estados Unidos, destaca recientemente la Sentencia en el *caso n° 2994* que otorga asilo a una mujer etíope por haber sufrido MGF y por el temor a que su hija, menor de edad, fuera víctima de dicha práctica de volver a su país de origen⁹⁹, siguiendo la tendencia marcada en 2007 por el BIA en los casos *In re A-T-* (2007)¹⁰⁰ e *In re A-K*¹⁰¹, iniciada en el pronunciamiento en *Kasinga*.

Pero también existen otros motivos para solicitar asilo por razones de género ajenos a la MGF que tienen una estrecha conexión con la multiculturalidad: recientemente hay que destacar el fallo de 1 TEDH en septiembre de 2016 en el asunto *R.D. c. Francia*. En el mismo la demandante, procedente de Guinea, estaba en peligro de sufrir crímenes de honor y tratos inhumanos por parte de su padre y hermano musulmanes si volvía a su país, por haber ella contraído matrimonio con un cristiano. La pareja ya había sufrido graves episodios de violencia documentados por las autoridades. El Tribunal, en esta ocasión, estima que la deportación a Guinea podría acarrear una violación del artículo 3 del Convenio, relativo a la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos y/o degradantes¹⁰². En este sentido, parece que para el TEDH el riesgo que supone la MGF es probatoriamente más complejo que el de sufrir otro tipo de tratos inhumanos o degradantes¹⁰³, como ya quedó patente en el caso *Jabari c. Turquía*, que tiene notorias similitudes con *R.D. c. Francia*.

⁹⁸ “Como se expone en las Directrices del ACNUR elaboradas en el año 2003, aún cuando la persecución por motivos de género no fue incluida expresamente en la Convención de Ginebra de 1951 como uno de los motivos de que podían dar lugar a la condición de refugiado, de conformidad con el espíritu y la finalidad de la Convención, instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección a las personas que la requieren, tal definición debe ser interpretada desde una perspectiva de género y por tanto, cabe incluir en la persecución aquellas solicitudes de asilo que se refieran a actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, castigos por transgredir los valores y costumbres morales entre otros, y claro está, el supuesto del matrimonio forzoso y la mutilación genital femenina, en cuanto constituyen graves actos de persecución específica por razón de sexo que ocasionan un profundo sufrimiento y daño, tanto mental como físico, que son manifestación de persecución por agentes estatales o particulares”. Voto particular de la Magistrada Isabel Perelló Domenech en el recurso 429/04. Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-administrativo de 24 de marzo de 2006.

⁹⁹ Case n° 2994, 30 May 2014. Immigration Judge.

¹⁰⁰ *In re A-T-*, 24 I&N Dec. 296 (BIA 2007).

¹⁰¹ *In re A-K-*, 24 I&N Dec. 275 (BIA 2007).

¹⁰² *AFFAIRE R.D. c. FRANCE* (Requête no [34648/14](#)), Arrêt, 16 juin 2016.

¹⁰³ Al respecto Vid., MORGADES GIL, S., “La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international. Interprétations récentes des instruments de droit international soutenant des formes de protection subsidiaire”, *Revue Generale de droit international public*, vol. 117, n° 1, 2013, pp. 37-73.

Volviendo al segundo caso paradigmático procedente de un Tribunal estadounidense, *Matter of R-A-*, el Board of Immigration Appeals juzgaba la violencia de género extrema sufrida por la Guatemalteca Rodi Alvarado, constatando que ésta violencia se había producido por pertenecer a un grupo social determinado¹⁰⁴, consideración que fue rechazada por el mismo BIA en fase apelación¹⁰⁵. Este revés dio inicio a una tendencia restrictiva en la consideración del grupo social, lo que rompía con la anterior que sólo requería que el grupo tuviera una condición inmutable o fundamental. En *Matter of R-A-* se interpretaron restrictivamente las consideraciones sobre el grupo social establecidas en *Matter of Kasinga*. En efecto, el BIA afirmó que éstas eran sólo consideraciones mínimas sobre el grupo social, estableciendo como necesario que los miembros del grupo “understand their own affiliation with the grouping as do other persons in the particular society”¹⁰⁶.

Pese a que *Matter of R-A-* podía haber supuesto un retroceso con respecto a la jurisprudencia previa, en 2001 la entonces Fiscal General Janet Reno revocó la decisión del BIA. Esta decisión deja a *Matter of Kasinga* como referente jurisprudencial en Estados Unidos de Norteamérica en el asunto de las solicitudes de asilo por motivos de género, en consonancia con la tendencia marcada por los tribunales de otros Estados como Reino Unido, Nueva Zelanda o Australia. Este precedente hizo posible que se garantizara el asilo en otros casos por motivos de género, pero fue en el reciente *Matter of A-R-C-G* (2014) el caso en el que por primera vez el BIA acepta que las mujeres víctimas de violencia de género puedan constituir un grupo social determinado, en el caso concreto identificado como “married women in Guatemala who are unable to leave their relationship”¹⁰⁷. Sin embargo, la casuística demuestra que es aún precipitado hablar de una jurisprudencia uniforme¹⁰⁸.

Esta heterogeneidad de decisiones jurisprudenciales a nivel interno también ha tenido lugar en los tribunales internacionales. Prueba de ello es la tendencia restrictiva del TEDH en el caso *N. c. Reino Unido* del año 2008¹⁰⁹, que restringe aún más los casos en los que el Alto Tribunal considera que la deportación al país de origen podría constituir una violación del artículo 3 del CEDH. En este caso, la actora, de nacionalidad ugandesa, declaró haber sido violada por integrantes del *National Resistance Movement* de Uganda, por pertenecer ella al

¹⁰⁴ *In re R-A-*, 22.I. & N. Dec, 1999, párr. 1183.

¹⁰⁵ *Gender-Related Asylum Claims and the Social Group Calculus: Recognizing Women as a “Particular Social Group” Per Se*, The Committee on Immigration and Nationality Law of Association of the Bar of the City of New York, March 27, 2003, pp. 35, p. 2.

¹⁰⁶ *In re R-A-*, 22.I. & N. Dec, 1999, párr. 31.

¹⁰⁷ *In re A-R-C-G et. al.*, 26 I&N Dec. 388 (BIA 2014)

¹⁰⁸ BOOKEY, B., “Gender-based Asylum post *Matter of A-R-C-G*: Envolving Standards and Fair Application of the Law”, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 22, 2016, pp. 1-20.

¹⁰⁹ *N. v. United Kingdom*, Judgement, Strasbourg, 27 May 2008. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["N.%20v.%20UK"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\[""\],"itemid":\["001-86490"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

grupo “rival” *Lord’s Resistance Army*, alegación de no pudo ser suficientemente probada probablemente por las dificultades de que derivan del propio procedimiento para este tipo de violencias. La víctima declaraba que estaba ante un riesgo claro de persecución en caso de volver a su país. De haberse sustentado probatoriamente los hechos, hubiera sido un caso claro de persecución por opiniones políticas interpretado conforme a la visión de género propuesta por las Directrices del ACNUR. Sin embargo, el caso terminó enfocándose por el tratamiento que necesitaba la demandante para el VIH que padecía, alegando una posible violación de los artículos 3 y 8 del CEDH en caso de producirse una expulsión a su país, considerándose finalmente, en un pronunciamiento bastante restrictivo por parte del Tribunal, que dada la disponibilidad de dicho tratamiento en el país de origen no había lugar a la violación de los artículos.

La misma línea restrictiva sigue aplicándose por el Alto Tribunal en *AA. c. Suecia* (2012). En este caso se examinaba la petición de asilo de una mujer yemení y todos sus hijos, alegando haber sufrido maltrato y abuso por parte del marido y matrimonio forzado también hacia una de sus hijas, temiendo temor de que le sucediera también a otra de las hijas menores¹¹⁰. Pese a la gravedad de los hechos y la alta probabilidad de persecución por motivos de género, el Tribunal no consideró suficientemente probada la posibilidad de que volver a Yemen pudiera acarrear actos contrarios al artículo 3, considerando que la deportación no supondría una violación de dicho artículo para Suecia y continuando con una tendencia restrictiva que se aleja del ya lejano pronunciamiento en *Jabari c. Turquía* o del reciente *R.D. c. Francia*.

En España, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009¹¹¹ sigue sin embargo el criterio jurisprudencial mas amplio. En este caso, una mujer de nacionalidad argelina declara sufrir violencia de género, tanto física como psicológica. Su solicitud de asilo por razones humanitarias es rechazada por las autoridades administrativas, decidiendo la demandante interponer recurso ante la Audiencia Nacional. Ésta constata la situación de persecución por parte de actores no estatales, así como la ausencia de una protección eficaz por parte del Estado, al igual que la jurisprudencia anterior. La Sentencia reconoce la existencia de persecución y la pertenencia a un grupo social determinado, en concreto considera que:

“sería el sexo lo que identificaría o definiría el grupo social. La persecución sería un elemento a tener cuenta, incluso para provocar la creación de un determinado grupo social en cuanto las mujeres conforman un grupo definido por características innatas, como es su sexo, y el trato diferenciado que reciben por esta causa, que pueden constituir un grupo ante la sociedad, sometido a diferentes tratos y normas en algunos países”¹¹².

¹¹⁰ AA. v. Sweden, Judgement, Strasbourg 28 June 2012. Accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"AA.%20v.%20Sweden\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-111553\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

¹¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de enero de 2009.

¹¹² *Ibidem.*, Fundamento Jurídico Cuarto.

La Audiencia estima la solicitud de asilo aludiendo a la responsabilidad que tenía Argelia de ofrecer protección contra esta violencia a la demandante, dada la constatación del acto de persecución por parte de actores no estatales¹¹³, siguiendo con la línea jurisprudencial de otros tribunales internos ya examinados. Podemos entender que esta línea se viene consolidando siempre que se demuestre la pasividad o ineficacia total del Estado para proteger a la víctima de persecución, como se deduce de la *STS 4013/2011*, que desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la concesión de asilo a una mujer también argelina, víctima de violencia de género prolongada en el tiempo y documentada, y dirigida también hacia sus hijos menores. El Tribunal considera que dicha violencia no fue “*adecuadamente evitada por las autoridades del país que no dispensaron la oportuna protección a la demandante y a su familia*”¹¹⁴. Por el contrario, cuando la desprotección del Estado tiene que ver fundamentalmente con la eficacia de la protección otorgada (existiendo leyes protectoras en el país de origen que eventualmente podrían ofrecer un marco de protección a la víctima de persecución o incluso habiendo ofrecido las autoridades una respuesta jurídica, aunque ésta sea insuficiente e ineficaz) el Tribunal Supremo ha optado por desestimar la protección internacional, como en la *STS 5927/2011*, relativa a la petición de asilo por razones humanitarias para una mujer argelina víctima de violencia de género. El marido fue condenado a dos meses de prisión, entre otras medidas, lo cual es a juicio del Tribunal suficiente y adecuada protección por no haber quedado suficientemente constatadas las acusaciones de acoso posterior por parte del mismo¹¹⁵.

En este sentido, parece que para el Tribunal Supremo el elemento determinante es la total y completa desprotección e inacción por parte del Estado, dejando al margen la efectividad de la protección otorgada. Hay que recordar que la finalidad del Derecho de asilo es proteger de una persecución y no sancionar acciones pasadas. Si ésta se mantiene, poco nada tiene que ver la sanción o condena dispensada anteriormente si ésta no ha logrado eliminar la persecución, puesto que el riesgo y el temor siguen plenamente vigentes. Como pone de manifiesto nuevamente el voto particular de la magistrada Isabel Perelló: “*ante el temor fundado de que pudieran reiterarse los episodios de violencia y la imposibilidad de obtener una protección eficaz en su país, que la recurrente buscara reencauzar su vida junto a su hija menor fuera de su país, afín de superar la traumática experiencia vivida y la necesidad de alejarse de cualquier situación de riesgo*” (...) concurren razones suficientes para haber autorizado la permanencia en España de la actora por razones humanitarias.

Pese a que en este análisis no pueden ser expuestas las sentencias que estiman el asilo por razones de género de todos los tribunales internos que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, hemos analizado una significativa muestra de las más relevantes, observando

¹¹³ KAHALE CARRILLO, D. T., “Reconocimiento del Derecho de Asilo a mujeres víctimas de violencia de género. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 2009”, *TL*, vol. 182, 2009, pp. 239-250.

¹¹⁴ *STS 4013/2011*, de 15 de julio de 2011.

¹¹⁵ *STS 5927/2011*, de 19 de septiembre de 2011.

pronunciamientos clave que, en los casos de Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia o Estados Unidos, son anteriores a la adopción de la Guía por parte del ACNUR (2002). Por tanto podemos considerar que estos referentes jurisprudenciales constituyen el germen de las directrices del Alto Comisionado, que atienden al espíritu y finalidad de la Convención de 1951, considerando que el objetivo de la misma es velar por la protección de los refugiados, cambien o no las circunstancias sociales que originen la situación de persecución. Sin embargo, no podemos afirmar que a partir de estos precedentes la jurisprudencia haya sido uniforme.

Los referentes jurisprudenciales de ámbito internacional confirman la atribución de responsabilidad internacional al Estado por hechos cometidos por actores no estatales en ciertos casos. No obstante, la capacidad de las tendencias internas de ser precursoras en el desarrollo un concepto internacionalmente consagrado no es baladí. Entre ambas fuerzas jurisprudenciales se ha podido contribuir a una tendencia jurisprudencial que se extiende más allá de estáticos conceptos, lo que ha ayudado también en la elaboración de las directrices del ACNUR, cuyas orientaciones deberían ser objeto de aplicación para todos los sujetos de la Comunidad Internacional.

III. CONCLUSIONES

Las nuevas realidades del siglo XXI y la afluencia, cada vez mayor, de desplazamientos forzosos en diferentes puntos del planeta hacen necesaria una relectura del Derecho Internacional de los Refugiados, que no puede quedar anclado a consideraciones tradicionales en el concepto enunciado en 1951. La labor del ACNUR es tremendamente valiosa e insustituible para garantizar una correcta interpretación del espíritu y finalidad de la Convención de 1951.

Las mujeres refugiadas pueden ser protegidas por este Derecho aludiendo a diferentes motivos de la Convención, según la VBG haya sido la causa de la huida o haya sido sobrevenida. En este sentido, la diferenciación que realiza el ACNUR entre *generización* y género es fundamental para realizar una correcta argumentación de los elementos de género presente en el caso. Además, la ampliación del concepto de refugiado a situaciones de persecución sobrevenidas hace posible que las mujeres refugiadas puedan acogerse a la protección también a causa de las violencias sufridas en las rutas de huida, tránsito y acogida.

Los diferentes contextos regionales son una prueba de la dinamización del concepto de refugiado y de su necesaria relectura universal, siempre en concordancia con el espíritu y finalidad de la Convención de Ginebra de 1951, que aporta el ACNUR. La persecución de género no es, sin embargo, contemplada de manera general por ninguna disposición normativa regional o nacional examinada sino que, a lo sumo en la tendencia de la

legislación española y europea, habrá siempre que atender a las circunstancias imperantes de cada caso, lo cual es perfectamente extrapolable a la situación de la persecución por orientación sexual e identidad de género. Esto es relevante en la medida en que las interpretaciones pueden ser inclusivas y extensivas, mientras que la elaboración de nuevas disposiciones normativas tanto internas como internacionales podrían ser restrictivas.

En cuanto al análisis de la interpretación ofrecida por la jurisprudencia examinada, nos encontramos ante un ejemplo de horizontalidad de las tendencias jurisprudenciales en asuntos de interés global, en los que los pronunciamientos de los tribunales internacionales de Derechos Humanos son posteriores a los referentes marcados por los tribunales internos, en contra además del paradigma preponderante en el que las tendencias jurisprudenciales se forman de manera vertical (desde los tribunales internacionales hasta los internos). Esto lleva a concebir este estudio de jurisprudencia de manera diferente, habiendo puesto el foco en la formación de tendencias en tribunales nacionales y no en el estudio independiente de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, cuya labor en este aspecto ha sido complementaria, aunque también ha tenido una influencia decisiva en sus ámbitos regionales.

Esta peculiaridad es sin duda consecuencia de la naturaleza híbrida del refugio y el asilo (internacional e interna), pero también de la falta de tipificación expresa del género como motivo de persecución en la Convención de 1951, y de que el ACNUR haya suplido esta laguna con su guía de recomendaciones para los Estados. Ambas circunstancias han creado un marco jurídico más o menos homogéneo, que acepta la ausencia de tipificación concreta pero que anima al reconocimiento indirecto del género como grupo social determinado. Con lo cual, sólo quedan los Estados para aceptar o no estas tendencias a través de sus normas o de sus tribunales internos.

No obstante, aún en las sentencias estimatorias se aprecian dos sub-tendencias que conviene destacar: aquellas que consideran que el género es por sí solo un grupo social, de acuerdo con las directrices del ACNUR (p.e. *Khawar*), y aquellas que ofrecen una interpretación algo más restrictiva para la que no basta el hecho de ser mujer, sino que hace falta probar que se es mujer en una determinada circunstancia que origina la persecución (p.e. *Kasinga*). Sin duda, al hilo del voto particular de la magistrada Isabel Perelló, a la luz de las directrices del ACNUR y del espíritu y finalidad de la Convención de Ginebra de 1951 no es desatinado sostener que la persecución de género debe enmarcarse de manera general en el concepto de grupo social, sin necesidad de incluir infinitas y adicionales causas fácticas de persecución.

Ante todo hay que tener presente que no es casualidad que sea en la problemática del asilo por razón de género donde se produzca un cambio de paradigma en la interacción entre sistemas normativos y jurisprudenciales ya que han sido los Estados, individualmente, (y las interpretaciones recomendadas del ACNUR) los que han hecho evolucionar la protección. Esto implica, indudablemente, que serán los Estados de tendencia más

progresista (en lo que se refiere al género) los que accedan a dotar de protección a las mujeres que sufren persecución por razones de género y que, consecuentemente, los Estados con un sistema de patriarcado más arraigado en sus sociedades sigan sin ofrecer dicha protección. Resultado que sigue sin ser aceptable para el Derecho Internacional.