

## I

A finales del mes de junio de 2009, coincidiendo con la aprobación por parte del Congreso español del texto, la prensa se hacía eco de *una nueva ley de asilo que amparaba “a niños y gays”*<sup>iii</sup>, una curiosa lectura del primer texto legislativo en España<sup>iii</sup> que adopta una perspectiva de género en relación con la protección de aquellas personas que, perseguidas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, por fundados temores, no quieran acogerse a la protección de dicho país o de aquél en el que, siendo apátridas, tengan su residencia habitual<sup>iv</sup>.

La nueva ley, que viene a sustituir a la hasta ahora existente ley de 1984, reformada en 1994, ha cultivado una fama tal vez innmerecida de innovadora, como consecuencia de la incorporación de la influencia que el factor sexo u orientación sexual pueden tener en esos fundados temores de ser perseguido o en los motivos en la base de la huida, por parte del solicitante de asilo, de su país de origen o residencia.

Lo cierto es que el propósito fundamental de la ley es la incorporación en el ordenamiento jurídico español de las tres directivas que en materia de asilo se habían adoptado en el seno de la Unión Europea en 2003, 2004 y 2005, y cuyos plazos de transposición habían vencido, como se reconoce en la propia exposición de motivos del nuevo texto legal, y que ya se hacían eco de la necesidad de tomar en cuenta este elemento a la hora de regular el derecho de asilo, los requisitos para su reconocimiento y el proceso de solicitud.

Y también es cierto que esas directivas comunitarias no surgen en el vacío, sino que son fruto directo de la iniciativa adoptada por los Estados miembros, en el Consejo Europeo de Tampere en 1999, para responder a una de las necesidades inmediatas que el recién creado espacio europeo de libertad, seguridad y justicia imponía, y que nacía en una situación de alarma en la Europa comunitaria dado el crecimiento exponencial de los flujos migratorios hacia el mundo occidental.

## II

En esos flujos migratorios, vistos desde el mundo rico como una invasión silenciosa y amenazante, que los países receptores contrarrestan con políticas de control, disuasión y represión, quedan enmascarados desplazamientos de personas que huyen de sus países de origen o residencia por persecución severa, o lo que el ACNUR ha calificado como flujos mixtos<sup>v</sup>, en los que los solicitantes de asilo se esconden, amparados en estos grupos, y se sirven de las vías y modos explorados por la inmigración ilegal. Al llegar a la frontera sufren el mismo tratamiento que el grupo con el que se desplazan, fracasando en muchos casos en su invocación del asilo ante las autoridades del país de llegada. A su vez, el temor a ser devuelto a un país de origen, en el que se pierde cualquier esperanza de supervivencia, ha animado a muchos inmigrantes ilegales a invocar una causa de persecución de las previstas en el Convenio de Ginebra a fin de, si no impedir, al menos retrasar la devolución al país de procedencia, la otra cara de una situación que, desde las dos perspectivas acaba

redundando en una falta de confianza de las autoridades nacionales hacia la invocación del derecho de asilo y las causas alegadas en cada caso, y en la consiguiente devolución en ocasiones de personas con una trágica persecución a sus espaldas.

Sin embargo, el hecho de que, ante el reforzamiento cada vez mayor de los controles fronterizos del mundo industrializado, los refugiados y los solicitantes de asilo en muchas ocasiones utilicen los mismos medios de entrada en el país que los inmigrantes, frecuentemente ilegales, no les priva de su condición de personas perseguidas necesitadas de protección. Sin duda este fenómeno dificulta a los Estados, a la hora de reglamentar y de controlar *de facto* la entrada en territorio nacional, la tarea de reconocimiento y diferenciación de aquellas personas necesitadas de protección, pero no les exime de sus obligaciones, en especial de no devolución establecida en el Convenio de Ginebra. El hecho de haber viajado como parte de un flujo mixto por canales irregulares no debe privar al individuo de gozar de la protección especial que se reserva a los solicitantes de asilo, tal y como se ha puesto de manifiesto tanto desde el ámbito del asilo por parte del ACNUR<sup>vi</sup>, como desde el ámbito de la regulación de los movimientos migratorios por parte de la OIM<sup>vii</sup>. Un refugiado o un solicitante de asilo no altera su condición de tal por el hecho de llegar al país de asilo o refugio como consecuencia de un flujo migratorio, aunque evidentemente cambie el contexto en el que la intervención del Estado de acogida se produce.

En el marco de estos flujos migratorios de la era de la globalización la mujer ha cobrado un protagonismo especial, a diferencia de los desplazamientos migratorios inmediatamente posteriores a la primera y segunda guerras mundiales, tanto como trabajadora migrante que se desplaza para obtener ingresos para su familia en trabajos y tareas *de facto* reservadas a su sexo -como fue el caso de la asistencia en el hogar en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX, o como cuidadoras o personal de asistencia y compañía para personas mayores y/o enfermas más recientemente-, como en muchos casos mujeres embarazadas que intentan dar a luz fuera de su país a fin de obtener, en virtud del *ius soli*, la nacionalidad del Estado de nacimiento para su futuro descendiente.

Sin embargo, la estadística migratoria femenina revela también la existencia de un volumen cada vez más importante de mujeres que, aprovechando la corriente migratoria, buscan la entrada en un país huyendo de una situación de grave violación de los derechos más esenciales, concurriendo además en su caso una serie de circunstancias que están en el origen de algunas de las más salvajes y horribles formas de maltrato, tortura y persecución posibles. La condición de mujer, con su innata naturaleza reproductiva, lleva inevitablemente aparejadas una serie de circunstancias, características y elementos que la hacen especialmente vulnerable a determinado tipo de aberraciones en materia de violación de derechos humanos como pueden ser la esclavitud sexual, el matrimonio forzoso, la esterilización, los embarazos y/o abortos forzados, o la costumbre ritual de la mutilación genital femenina, entre otras formas destacables de malos tratos contra la mujer.

### III

La violencia contra la mujer ha sido definida en términos amplios por la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, como “(...) *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”<sup>viii</sup>, dentro de

la cual se considera incluida la mutilación genital femenina<sup>ix</sup>. Como la Relatora especial de Naciones Unidas para la violencia contra la mujer ha destacado, las ideologías que justifican el uso de la violencia contra las mujeres basan en muchos casos su construcción sobre la identidad sexual, defendiendo un control de la sexualidad de la mujer que garantice su castidad y su sumisión al hombre que puede adoptar formas muy diferentes y que, en general, la subordinan a todos y cada uno de los miembros masculinos de la comunidad dentro de su grupo social: matrimonio, familiar nuclear, familia amplia, vecindad, etc., esto es, al marido, hermano, padre, hijo, etc. La manifestación más extrema de esta castidad, que puede adoptar formas diferentes, es sin duda la mutilación genital femenina<sup>x</sup>. Y frente a un acto semejante de violencia contra la mujer los Estados tienen, entre otras y conforme al artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, la obligación de condenar dicha violencia, descartando toda invocación de costumbre, tradición, religión o cultura que le exima de la misma<sup>xi</sup> y la obligación de utilizar todos los medios necesarios para adoptar una política que la corrija sin ningún tipo de dilación, lo que se compadece mal con muchas de las reservas introducidas en la ratificación de la citada CEDAW por parte de un importante grupo de Estados<sup>xii</sup>.

Por otra parte, la existencia de dicha práctica está identificada por la OMS en un nutrido grupo de países, entre los que destacan: Somalia, Djibouti, Sudán, Etiopía, Egipto, Mali, Gambia, Ghana, Nigeria, Liberia, Senegal, Sierra Leona, Guinea, Guinea-Bissau, Burkina Faso, Benin, Costa de Marfil, Tanzania, Togo, Uganda, Kenya, Chad, República Centroafricana, Camerún, Mauritania, Malasia, Indonesia, Omán, Emiratos Árabes, India, Sri Lanka y Yemen<sup>xiii</sup>, y en las razones que justifican su realización está la reducción del deseo sexual y el placer de la mujer y, consiguientemente, la promoción de la virginidad y la castidad, así como proporcionar mayor placer sexual al marido. Como la relatora especial ha establecido, un hombre puede rechazar casarse con una mujer si no está previamente “operada”, pues las mujeres no mutiladas se consideran impuras o “sucias”, el clítoris puede llegar a ser considerado como venenoso y perjudicial para el feto en el momento del alumbramiento o para el hombre en la realización del coito, además de sostener que su supresión aumenta la fertilidad de la mujer<sup>xiv</sup>.

La protección específica que los instrumentos internacionales ofrecen respecto de esta práctica es sin embargo limitada, en la medida en que la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW), limitada por su propio ámbito de actuación, sólo se refiere a ella de forma indirecta, al pedir a los Estados que adopten todas las medidas necesarias para erradicar prácticas consuetudinarias discriminatorias contra la mujer y que perpetúen patrones culturales de conductas que aseguran la primacía del hombre sobre la mujer<sup>xv</sup>. Algo más explícito y contundente se ha mostrado el Comité para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer que, en su Recomendación general núm. 14, ha abordado expresamente el tema de la mutilación genital femenina, recomendando a los Estados su erradicación mediante la información, el establecimiento de programas específicos de salud, el apoyo a grupos activistas o a políticos contrarios a esta práctica, pero sobre todo la obligación de los Estados de informar acerca de las medidas adoptadas a tal fin. Unas pautas completadas con las realizadas en la Recomendación general núm. 19, que abunda en el mismo sentido, insistiendo en el deber del Estado de impedir dichas conductas ya sean realizadas por agentes estatales o privados<sup>xvi</sup>.

Lo cierto es que esta terrible realidad ha provocado la huida de mujeres de sus respectivos países de origen o de refugio y que la causa de la mutilación genital

femenina se ha convertido, no sin razón, en un argumento recurrente en las solicitudes de asilo presentadas en diversos países, entre ellos también en España.

#### IV

Sin embargo, las causas de persecución previstas en la Convención de 1951, conforme a la problemática a la que pretendían dar respuesta en el momento de su adopción, no contemplan ningún tipo de alusión ni hacen referencia al género o a la condición de hombre, mujer, homosexual o transexual, conforme a las condiciones y tipos sociales imperantes en aquel momento. Tampoco el Manual elaborado por el ACNUR sobre procedimientos y criterios para la concesión de asilo, elaborado en 1979 y revisado en 1992, tuvo en cuenta este posible tipo de persecución<sup>xvii</sup>. A este respecto, si bien el manual resulta útil y esclarecedor, en especial desde un punto de vista práctico, respecto de qué debe entenderse por persecución o cómo interpretar los diferentes motivos de persecución contemplados en el Convenio, a la hora de desarrollar el hecho de la pertenencia a un grupo social como causa posible de asilo ninguna referencia hace al género, siendo el comentario a esta causa el más breve. En este sentido, el manual considera que la pertenencia a un grupo social en particular se cifraría normalmente en un conjunto de personas de origen, hábitos o estatus social similar, y partiendo de la base de su improbable autonomía como causa única justificativa de la solicitud de asilo sino sólo en combinación con otra u otras de las causas convencionalmente previstas<sup>xviii</sup>, dirige su atención hacia el riesgo de pertenencia a un grupo desde el punto de vista de las convicciones políticas, entendiendo que: “(...) *Membership of such a particular social group may be at the root of persecution because there is no confidence in the group’s loyalty to the Government or because the political Outlook, antecedents or economic activity of its members, or the very existence of the social Group as such, is held to be an obstacle to the Government’s policies(...)*”; un planteamiento que en nada se aproxima a la situación suscitada en el caso de las solicitantes de asilo con base en el riesgo de consumación de la mutilación genital.

En esta situación, se ha impuesto la construcción *ex novo* un razonamiento *ad hoc* en el caso de este tipo de demandas de asilo que satisfaga los criterios restrictivos del Convenio. A tal efecto, y en consonancia con las directrices del manual, ha sido necesario argumentar la existencia de un motivo fundado de temor a ser perseguido, teniendo especialmente en cuenta, como se aconseja, que el temor del/de la solicitante de asilo es un elemento subjetivo que exige analizar las causas a la luz de la experiencia personal, las condiciones específicas, las vivencias y el estado mental y anímico del/ de la solicitante, lo que impone ante todo una evaluación de sus declaraciones más que un juicio sobre la situación existente en su país de origen<sup>xix</sup>, que en estos casos resulta de vital importancia. En el supuesto de las solicitantes de asilo que huyen de una mutilación genital consumada o en ciernes, son fundamentales las circunstancias personales que rodean a la mujer en cuestión, la implicación de aquellas personas más cercanas a la solicitante, las posibilidades que la víctima potencial o real percibe para escapar a esa situación y su sensación de desprotección frente a la amenaza. Por otro lado habrá que tener muy en cuenta las dificultades para relatar los pormenores de la causa de temor, en especial cuando se trata de exponer dichas circunstancias a los agentes aduaneros o de inmigración o a intérpretes de sexo masculino, ante los que las mujeres en esta situación pueden tener problemas para describir su situación por tener que desvelar aspectos muy íntimos de su sexualidad, un factor que en la cultura de la que proceden es impensable compartir con un hombre.

Este elemento subjetivo será no obstante corregido por la segunda condición establecida por el Convenio, en la medida en que el temor debe ser “fundado”, o lo que es lo mismo, es necesario realizar una evaluación de las declaraciones realizadas por la solicitante y, si bien las autoridades del país en el que se solicita el asilo no están obligadas a enjuiciar las condiciones existentes en el país de origen de la solicitante, sin embargo dichas declaraciones no pueden ser valoradas en abstracto, sino que han de ser interpretadas en el contexto en el que se producen. En este sentido, tal y como el propio ACNUR ha establecido, si el conocimiento de las circunstancias del país de origen no son un objetivo en sí mismo, se trata sin embargo de un elemento esencial en la valoración de la credibilidad de las manifestaciones de la solicitante, en la medida en que dichas circunstancias permitan concluir que su permanencia en dicho país ha devenido imposible para ella o serían imposibles en caso de volver<sup>xx</sup>. En esta valoración tendrán relevancia no sólo el relato de las experiencias propias de la víctima, sino que habrán de tenerse en cuenta también de forma especial lo que haya ocurrido en relación con dicho temor a familiares cercanos, amigos o personas del mismo grupo social, y que en definitiva servirán para valorar si antes o después la solicitante puede convertirse en víctima de tal persecución y si, por lo tanto, sus temores son fundados<sup>xxi</sup> (43).

De igual forma la tramitación de las solicitudes de asilo por parte de víctimas consumadas o potenciales de mutilación genital femenina presenta alguna especificidad que no encontraban acomodo en las directrices establecidas por el ACNUR a comienzos de la década de los 90; de hecho una situación extremadamente delicada como ésta no fue prevista en los considerandos como casos difíciles que podían plantear problemas a la hora de establecer los hechos, un punto de partida que ha sido rápidamente desmentido por la realidad<sup>xxii</sup>.

Suele ocurrir también en el ámbito del derecho, sin embargo, que la realidad supere a las previsiones legalmente establecidas, y la aparición de una serie de solicitudes de asilo por parte de mujeres que habían sufrido mutilación genital en sus países de procedencia o corrían serio riesgo de padecer en caso de permanecer en ellos puso a los tribunales de justicia en la necesidad de decidir sobre la concesión o no de asilo con base en este motivo, y tras la reiteración de una serie de precedentes el propio ACNUR proporcionó la forma de incluir estas situaciones en un tratado internacional que no había podido tenerlas en cuenta en el momento de su adopción, estableciendo unas directrices en relación a posibles persecuciones basadas en el género y la forma de incardinar dichas demandas en el espíritu del art. 1 (2) del Convenio de Ginebra, adaptando dicha definición de refugiado a situaciones de persecución cuyo elemento desencadenante tenía que ver esencialmente con el sexo, así como una modificación de los procedimientos previstos<sup>xxiii</sup>, permitiendo reconducir, como ya lo había hecho por otra parte la jurisprudencia existente hasta el momento de los tribunales nacionales, la solicitud de asilo al temor de ser perseguido como consecuencia de la pertenencia a un grupo social particular, dotando de contenido a una cláusula para la que ni siquiera las directrices posteriores de ACNUR habían concedido gran trascendencia.

En este sentido, la Agencia ha definido al grupo social particular como: “(...) *a Group of persons who share a common characteristic other than the risk of being persecuted, or who are perceived as a Group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one’s human rights*”. Una definición de la que el propio ACNUR deduce que: “*It follows that sex can properly be within the ambit of the social group category, with women being a clear example of a social subset defined by innate and immutable characteristics, and who are frequently treated differently than men.*

*Their characteristics also identify them as a group in society, subjecting them to different treatment and standards in some countries (...)*<sup>xxiv</sup>.

Y en lo que hace a la tramitación se ha procedido a la corrección de aquellas directrices que sólo pensaban en deficientes mentales o menores no acompañados, recogiendo ahora con sentido común la especial dificultad que la denuncia de los hechos constitutivos de la persecución y su relato en toda su extensión puede suponer, entre otras causas por la vergüenza a relatarlos, el trauma de recordarlo, o el temor al rechazo o las represalias de la familia, la comunidad o las propias autoridades. De ahí que, a partir de este reconocimiento, el ACNUR incluya una serie de aspectos específicos en la tramitación de solicitudes de asilo especialmente de mujeres, que contemplen al menos las siguientes medidas: entrevista individual y de forma separada, sin la presencia de agentes de sexo masculino; conceder la posibilidad de disponer de intérpretes para poder expresarse en su propia lengua y que sean igualmente de sexo femenino; obligación de asegurar expresamente a la solicitante de asilo por esta causa la estricta confidencialidad en el tratamiento de su solicitud y que la información por ella proporcionada nunca será revelada a miembros de su familia; y por último la angustia, emoción o grado de afección de la solicitante de asilo a la hora de exponer su caso no deberán ser tomados en cuenta por el entrevistador para valorar la credibilidad de su relato, debiendo concederse la importancia adecuada a las prácticas semejantes a las relatadas por la solicitante de asilo desarrolladas en su país de procedencia.

Con ser una evolución muy positiva, no puede obviarse el camino recorrido por las solicitantes de asilo que han padecido este tipo de persecución hasta conseguir la cristalización de una nueva dimensión de la condición de refugiado inicialmente no contemplado en el Convenio de Ginebra.

## V

La determinación de la inclusión de la violencia contra la mujer como posible causa de temor fundado constitutivo de persecución a los efectos de la concesión de asilo exigía la definición previa de qué se entiende por “grupo social determinado”, una cuestión que se planteó por vez primera ante los tribunales americanos (Board of Immigration Appeal, BIA) en el caso *Acosta*<sup>xxv</sup>. Apreciando que un elemento constante en todas las demás causas de persecución previstas en el Convenio era el hecho de compartir una característica inmutable e innata, común a todos los miembros del grupo, el tribunal decidió incluir en su enumeración el sexo: *“Applying the doctrine of ejusdem generis, we interpret the phrase “persecution on account of membership in a particular social group” to mean persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case-by-case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or consciences. Only when this is the case does the mere fact of group membership become something comparable to the other four grounds of persecution under the Act, namely, something that either is beyond the power of an individual to change or that is so fundamental to his identity or conscience that it ought not be required to be changed. By construing “persecution on account of membership in a particular social group” in this manner, we*

*preserve the concept that refuge is restricted to individuals who are either unable by their own actions, or as a matter of conscience should not be required, to avoid persecution*<sup>xxvi</sup>.

A partir de este momento se entendió establecida una definición jurisprudencial vinculante<sup>xxvii</sup> que fue contradicha, no obstante, por alguna decisión jurisprudencial posterior, lo que enfrentó el llamado “test de las características innatas” o doctrina *Acosta* al nuevo razonamiento planteado en *INS v. Sanchez-Trujillo*<sup>xxviii</sup>, en el que el tribunal prefirió definir el “grupo social determinado” como:

*“(...) a collection of people closely affiliated with each other, who are actuated by some common impulse or interest. Of central concern is the existence of a voluntary associational relationship among the purported members, which imparts some common characteristic that is fundamental to their identity as a member of that discrete group”.*

Una definición inconsistente con el test establecido en *Acosta*, pues el requisito de características inmutables es incompatible con la asociación voluntaria<sup>xxix</sup> y que suponía establecer como requisito previo al reconocimiento de la existencia de un grupo social determinado una asociación voluntaria entre los posibles miembros del grupo, un criterio especialmente perjudicial en el caso de la violencia contra la mujer y en concreto en los supuestos de mutilación genital femenina.

En esta situación se presentó, en 1996, el caso *Kasinga*, en el que una mujer natural de Togo, de 17 años de edad y perteneciente a la tribu Tchamba-Kunsuntu, que iba a ser entregada en matrimonio como cuarta esposa a un antiguo político de 45 años de edad, debía someterse obligatoriamente a la previa ablación del clítoris, situación a la que escapó con la ayuda de una hermana, presentando solicitud de asilo ante las autoridades de Estados Unidos con base en un fundado temor a ser perseguida por su pertenencia a un grupo social determinado. La solicitud fue denegada en primera instancia y revisada posteriormente por el BIA. En la decisión del BIA la primera cuestión analizada fue la concurrencia del requisito necesario para la concesión de asilo: pertenencia a un grupo social determinado. En este sentido, y aplicando el criterio establecido en *Acosta*, el BIA, identificando el sexo como una característica inmutable e innata sobre la base de la cual se puede definir un grupo social determinado, estableció la pertenencia de Fauziya Kasinga al grupo social de “mujeres jóvenes pertenecientes a la tribu Tchamba-Kunsuntu, que no había padecido aún la mutilación genital ritual practicada por dicha tribu y que se oponía a ella”<sup>xxx</sup>, manifestando expresamente seguir el criterio establecido en *Acosta* y, por tanto, entendiendo que las características de ser mujer y miembro de la citada tribu eran inmutables y que, adicionalmente: *“The characteristic of having intact genitalia is one that is so fundamental to the individual identity of a young woman that she should not be required to change it”*<sup>xxxi</sup>. Una vez establecida la pertenencia a un grupo social determinado, el tribunal analizó si existía persecución, valorando, en primer lugar, la extrema dureza y gravedad de la mutilación genital femenina y los riesgos para la salud derivados de ella y, en segundo lugar, la forma específica de mutilación practicada en dicha tribu, una de las más extremas, aceptando finalmente la existencia de persecución como consecuencia de su pertenencia a un grupo social determinado.

A partir de entonces, y a pesar de que dicho razonamiento se ha consolidado como precedente, la evolución jurisprudencial de los tribunales americanos no sólo ha

sido oscilante<sup>xxxii</sup>, sino que ha distinguido de forma peligrosa entre aquellas solicitantes de asilo temerosas de ser “circuncidadas” y aquellas demandantes de asilo ya “operadas”, entendiendo en algunas de estas resoluciones que en el segundo caso no es motivo suficiente alegar la mutilación genital ya sufrida como causa de persecución amparada por el Convenio en la medida en que ya no es posible volver a sufrir dicha situación<sup>xxxiii</sup>, un razonamiento que, además de falso<sup>xxxiv</sup>, olvida que la mutilación genital femenina no se agota en el sólo momento de practicarse, sino que genera daños permanentes en la mujer que la sufre y que, por lo tanto, debe considerarse como persistente<sup>xxxv</sup>. En todo caso es destacable la tendencia a la consideración jurídica de la mutilación genital femenina como una forma de tortura, precisamente como consecuencia del horror padecido y de las secuelas que produce, por lo que en ese caso la persecución no decaería nunca<sup>xxxvi</sup>; de alguna manera, la casación de las sentencias desestimatorias del asilo por parte del BIA decretada por la jurisdicción federal, en este caso el 2nd Circuit, viene de momento a desestimar ese doble rasero entre la mujer que ha sufrido de hecho la mutilación y que, por tanto, no obtendría la protección del asilo, y aquella amenaza de padecerlo que podría, en caso de demostrar los demás elementos requeridos, gozar de dicha protección<sup>xxxvii</sup>.

De otra parte tampoco se ha admitido la solicitud de asilo planteada por padre o madre de una menor susceptible de ser sometida a mutilación genital en caso de que su progenitor sea devuelto a su país de origen, entendiendo en esta caso que se trata de obtener asilo por vía “derivativa” esto es, basado en el riesgo potencial de mutilación de la hija que nada tiene que ver con la presencia ilegal del progenitor/a en el país que deniega el asilo, y rechazando igualmente que la mutilación genital femenina obligatoria de una hija constituya daño alguno para el progenitor y que por tanto pueda ser alegada como causa de persecución<sup>xxxviii</sup>.

## VI

La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha sido seguida en solicitudes similares en Canadá<sup>xxxix</sup>, Reino Unido<sup>xl</sup> o Australia<sup>xli</sup> donde, desde la aparición de las primeras demandas en este sentido, se adoptaron directrices nacionales<sup>xlii</sup>, a fin de sensibilizar a los funcionarios encargados de atenderlas de la gravedad de las situaciones denunciadas. En algunos casos esta jurisprudencia, consolidada después en las respectivas directrices nacionales adoptadas sobre asilo y género, presenta un alcance incluso más generoso, en la medida en que la visión elegida, a la hora de proteger a la mujer y aceptar solicitudes de asilo basadas en una persecución desarrollada en lo esencial y de forma específica con el sexo, ha incluido también situaciones de violencia doméstica<sup>xliii</sup>. O lo que es lo mismo, el nexo imprescindible de pertenencia a un grupo social determinado se ha interpretado de forma más amplia.

Es en este contexto de iniciativas nacionales en el que se enmarcan las directrices específicas adoptadas por ACNUR en materia de género<sup>xliv</sup>, como complemento al manual de aplicación en materia de asilo. Las directrices parten de dos postulados de base para llevar a cabo esta evolución: el desarrollo de una jurisprudencia sensible a cuestiones de género en diferentes países, como se acaba de exponer, y los nuevos desarrollos en el ámbito de la protección de los derechos humanos y los estándares de protección, así como en las disposiciones estatutarias y la jurisprudencia desarrollada por ciertos tribunales internacionales, especialmente en el caso de los

tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y el estatuto de la Corte Penal Internacional.

Las directrices aportan cierta luz a la hora de determinar los elementos más controvertidos en las situaciones consideradas. En este sentido, y por lo que hace al nexo causal, uno de los elementos más difíciles de determinar en solicitudes de asilo basadas en el sexo, las directrices establecen claramente dicho nexo en una concepción generosa del mismo, ya se trate de una persecución por parte del Estado o ya sea por parte de agentes no estatales:

*“In many gender-related claims, the difficult issue for a decision-maker may not be deciding upon the applicable ground, so much as the causal link: that the well-founded fear of being persecuted was for reasons of that ground. Attribution of the Convention ground to the claimant by the State or non-State actor of persecution is sufficient to establish the required causal connection. In cases where there is a risk of being persecuted at the hands of a non-State actor (e.g. husband, partner or other non-State actor) for reasons which are related to one of the Convention grounds, the causal link is established, whether or not the absence of State protection is Convention related. Alternatively, where the risk of being persecuted at the hands of a non-State actor is unrelated to a Convention ground, but the inability or unwillingness of the State to offer protection is for reasons of a Convention ground, the causal link is also established”<sup>xlv</sup>.*

A continuación ofrece también unos criterios suficientemente amplios en la identificación de la pertenencia a o existencia de un grupo social determinado, adoptando básicamente, aunque no en exclusiva, la doctrina *Acosta* o de las características innatas, al establecer:

*“(...) a particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by the society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one’s human rights”<sup>xlvi</sup>,*

En todo caso incluye al sexo como elemento inequívoco de determinación de la existencia o pertenencia a un grupo social determinado:

*“It follows that sex can properly be within the ambit of the social group category, with women being a clear example of a social subset defined by innate and immutable characteristics, and who are frequently treated differently than men. Their characteristics also identify them as a group in society, subjecting them to different treatment and standards in some countries (...)”<sup>xlvii</sup>,*

Y ello con un criterio más amplio incluso que la propia jurisprudencia hasta aquí desarrollada, que aún intentaba acotar, dentro del grupo social “mujeres”, un grupo más restringido al que pudiese pertenecer la solicitante de asilo.

Finalmente, la Agencia establece también unas directrices respecto al aspecto procedimental de la solicitud de asilo, que pueden ser de especial relevancia en las demandas presentadas por mujeres que alegan ser perseguidas como consecuencia de su sexo, y de manera muy específica en relación con las solicitantes de asilo que han sufrido o corren el riesgo de sufrir mutilación genital. A tal efecto se insiste en que la entrevista sea individual y privada, que se asegure la presencia de agentes e intérpretes de sexo femenino, en la necesaria sensibilidad hacia este tipo de víctimas a la hora de recrear el relato de los hechos, asegurar el secreto absoluto de la persecución narrada y la no comunicación de ninguna de las informaciones ofrecidas a ningún miembro de su familia, así como la necesidad, según el caso, de mantener sucesivas entrevistas hasta poder obtener toda la información necesaria, sin que el estrés emocional mostrado por la solicitante pueda ser tenido en cuenta en contra de una mayor credibilidad de su relato.

Y si bien no se exige ninguna prueba documental en orden a aceptar la solicitud de asilo en estos casos, la información acerca de las prácticas y la evolución en estas materias en el país de origen revisten una importancia especial<sup>xlvi</sup>.

Estas directrices han sido completadas en 2008 en relación a la incidencia, en la concesión del asilo, de la orientación sexual y la identidad sexual como motivos de persecución a incluir en el criterio de la pertenencia a un grupo social determinado<sup>xlix</sup>.

En la misma línea se pronuncian las directivas comunitarias en materia de asilo, adoptadas progresivamente tras el Consejo Europeo de Tampere como parte de la regulación del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia y con el objetivo de establecer una regulación mínima común en materia de asilo que desde sus comienzos ha incluido la violencia de género como causa posible de asilo<sup>l</sup>. No sólo porque tanto en la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiados de 2004<sup>li</sup>, como en la Directiva sobre los procedimientos para la obtención de dicha condición<sup>lii</sup> se establece el respeto e inspiración en las directrices adoptadas al respecto por el ACNUR, en tanto que órgano delegado del control de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Adicional, así como su participación activa en dichos procesos<sup>liii</sup>, siendo así que éste ya había decidido sus propias orientaciones prácticas en la materia contemplando esta situación, sino también porque en el cuerpo normativo de ambas Directivas se contempla expresamente como situación diferenciada este tipo de casos.

Así, a la hora de establecer los requisitos mínimos para el reconocimiento de la protección internacional brindada por la Directiva, en la evaluación de la solicitud de protección internacional habrá de tener necesariamente en cuenta, de una parte todos los hechos relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas la legislación y la reglamentación de éste y el modo en que se aplican; y de otra parte la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, a fin de evaluar de forma individualizada si dichos actos constituyen persecución a los efectos de la concesión de la citada protección<sup>liv</sup>.

Por su parte el art. 10 acoge, entre las causas tasadas de persecución establecidas por el Convenio, la pertenencia a un grupo social determinado, que define de forma amplia, de acuerdo con la jurisprudencia sentada en *Acosta*, de la siguiente forma:

*“d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular: - los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse. O bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y –dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”.*

Y para que quede claro que el sexo se cuenta como uno de esas posibles características innatas, el artículo añade:

*“En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual (...) Podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo”.*

En todo caso y para temperar las prevenciones al reconocimiento del grupo social como tal y, por tanto, de la correspondiente protección, la Directiva, que ha aceptado la protección no sólo frente a agentes estatales o públicos sino también frente a agentes privados<sup>lv</sup>, añade una cláusula que suaviza dicha apreciación, en la medida en que afirma:

*“2. En la valoración de si un solicitante tiene fundados temores a ser perseguido será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la acción persecutoria, a condición de que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica”.*

Con ser positivo el desarrollo de la causa de persecución basada en la pertenencia a un grupo social determinado, incluyendo específicamente el sexo como una característica innata que daría en su caso lugar a dicha protección, la Directiva no deja de ser ciertamente restrictiva en la medida en que al “test de las características inmutables” añade, con una sutil conjunción entre los dos párrafos del art. 10.1, d), un requisito adicional que puede tener mucha importancia y jugar un papel ciertamente restrictivo, consistente en la exigencia de que no sólo se disponga de esa característica inmutable sino que además el/la solicitante de asilo sea percibido por la sociedad del Estado del que se huye como miembro un grupo social diferenciado, específico, lo que no siempre será fácil de demostrar y, como la jurisprudencia desarrollada hasta ahora en ciertos Estados pone de manifiesto, no siempre es apreciado por el tribunal correspondiente<sup>lvi</sup>. En todo caso se echa especialmente en falta, una vez reconocida esta específica causa de persecución, la sensibilidad necesaria a la hora de tratar las solicitudes de asilo presentadas con base en ella, que brilla por su ausencia en la Directiva 2005/85/CE y que, sin embargo, ha sido altamente recomendada, con medidas muy concretas a observar, por las directrices de ACNUR, como se ha puesto de manifiesto, lo que no va sino en demérito de la regulación comunitaria que, en última instancia, corre el riesgo de trasladarse de forma casi automática a las legislaciones nacionales<sup>lvii</sup>.

## VIII

Establecidos, por tanto, las etapas básicas de esta evolución a nivel internacional, corresponde ahora preguntarse por su efecto en el caso de España. Y es que el Tribunal Supremo español (TS) ha venido afrontando diversos recursos, bien como consecuencia de la denegación de la solicitud de asilo por parte del Ministerio del Interior, bien como consecuencia de la inadmisión a trámite de la propia solicitud de asilo, de solicitantes de asilo que basan su petición en su pertenencia a un grupo social determinado por su sexo.

Resulta pertinente, a efectos de valorar la aportación de una serie de sentencias del TS que culmina por el momento la decisión de 11 de mayo de 2009, recordar brevemente el procedimiento de solicitud de asilo conforme a la legislación española en vigor en el momento de resolverse los procesos, en la medida en que la jurisprudencia en cuestión desarrollada se produce en dos momentos diferentes: bien en la admisión a trámite de la solicitud de asilo, bien, una vez admitida, como recurso contra la decisión denegatoria de asilo por parte del Ministerio del Interior.

En líneas generales el procedimiento legalmente previsto en España de solicitud y concesión de asilo ha sido progresivamente endurecido aunque en todo caso, si solicitado el asilo la petición es denegada, el solicitante puede presentar, no obstante, una petición de reexamen con efectos suspensivos en cuya resolución habrá de participar el representante nacional del ACNUR, estando asistido por el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto<sup>lviii</sup>. Si la solicitud es admitida a trámite corresponde al Ministerio del Interior la concesión o no del estatuto en cuestión. En caso de ser denegada la solicitud, el solicitante de asilo deberá abandonar el país salvo que cumpla los requisitos exigidos por la ley de extranjería para permanecer en territorio español, en este caso bajo la consideración de extranjero.

Así pues, la persona solicitante de asilo en España debe, en el momento de la solicitud, explicar los temores fundados que tiene de ser perseguida, que serán valorados en dos momentos procesales diferentes: al admitir a trámite la solicitud de asilo, en cuyo caso es jurisprudencia consolidada del TS que dichas alegaciones en este primer momento basta con que tengan un carácter meramente indiciario de persecución personalizada y particularizada. Y en un segundo momento, en la decisión gubernativa de concesión o denegación del asilo como respuesta al expediente de solicitud incoado ante el Ministerio del Interior. En los supuestos que nos ocupan se trata de ver en qué medida la condición de mujer supone, en relación a ciertos países sobre todo africanos, la pertenencia a un grupo social que sufre persecución y que, por tanto, la condición de mujer es determinante en dicha persecución e inclina la balanza en favor del asilo. En todo caso la persecución alegada:

*“ (...) debe poder reconocerse como tal, como una persecución propiamente dicha, por su origen, por su causa o motivo, por su entidad y por la falta de protección institucional frente a ella (...) para que pueda hablarse de persecución es preciso que los hechos acaecidos o que se tema puedan ocurrir sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su repetición: ya sea que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, ya sea que impida de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen(...)”<sup>lix</sup>.*

Por lo que hace a los casos de inadmisión a trámite de una solicitud de asilo alegando la pertenencia al sexo femenino como motivo de persecución y base de temor suficiente para admitir a trámite la solicitud la jurisprudencia protectora del TS se inicia claramente con la sentencia 1836/2002, de 31 de mayo de 2005, en la que la recurrente, de nacionalidad somalí y que había salido como refugiada de aquel país en 1992 en pleno conflicto armado, alega en su solicitud de asilo haber sufrido violación a manos de soldados somalíes y luego keniatas y tanzanos mientras residía en campos de refugiados establecidos en dichos países, pese a lo cual la solicitud es inadmitida a trámite por la Administración española, por entender que no concurría ninguna de las causas previstas en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Ley 5/84, modificada por la Ley 9/94. El TS, en una decisión sin duda loable que demuestra una interpretación progresista, actualizada, respetuosa y adaptada a las circunstancias personales del recurrente sea del sexo que sea, no dudó en afirmar que:

*“La interesada describió en su solicitud (y en su petición de reexamen) unos hechos que, en principio, pueden revestir los caracteres de una persecución por razón de sexo, acaecidos primero en su país y luego en Tanzania y en Kenia.*

*Tal y como hemos dicho en numerosas sentencias, es un requisito positivo (descripción de una persecución) junto con un requisito negativo (que no haya manifiesta falsedad o inverosimilitud), lo que abre el trámite. Y aunque la diferencia pueda creerse demasiado sutil, no lo es: la Administración –y, derivativamente, los Jueces y Tribunales- no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución y si es o no manifiestamente falso o inverosímil; basta esto para que la solicitud merezca el trámite (...).*

*Sin embargo, basta la lectura del relato expuesto en la petición de asilo, ampliado en la ulterior petición de reexamen, para constatar que aquella describió una situación grave y continuada de persecución por razón de sexo, (encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). En consecuencia, la solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, adujo, para impetrar este derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España*

*para que se le reconozca la condición de refugiada, expuesta en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud. Será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo”<sup>lx</sup>.*

Y consecuentemente con estas afirmaciones el Tribunal Supremo admitió el recurso y estableció la admisión a trámite de la solicitud de asilo. Pero lo importante es la interpretación establecida el artículo 1 del Convenio de Ginebra de cara a la Administración española y la concesión en su caso del asilo: cuando la mujer solicitante de asilo alega una persecución que se identifica exclusivamente con su sexo y con atentados a su persona de carácter sexual (en este caso violación), se puede entender que es objeto de persecución por pertenencia a un grupo social y que, por lo tanto, sus fundados temores, si son constatados posteriormente mediante los informes, pruebas y declaraciones oportunas, serían motivo suficiente de concesión del asilo.

La línea jurisprudencial abierta se ha consolidado desde entonces en una serie de casos. Así, en el recurso presentado por otra solicitante de asilo de nacionalidad somalí que sufrió malos tratos, vejaciones y ataques sexuales perpetrados casualmente contra las mujeres refugiadas, a las que los atacantes no consideraban personas ni concedían ningún valor ni reconocían derecho alguno, en el que el TS ha corroborado la línea jurisprudencial abierta entendiendo que las causas aducidas por la solicitante puede considerarse incluidas entre las establecidas por el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, lo que hace admisible a trámite su solicitud<sup>lxi</sup>. O el caso de otra nacional somalí que huyó de su país a Kenia, tras la destrucción de su casa y el asesinato de parte de su familia, donde vivieron en campamentos de refugiados en los que sistemáticamente se violaba a las mujeres incluyendo a su hermana y a ella, aunque a ella en menos ocasiones porque *“al ser más pequeña era más fácil esconderla”<sup>lxii</sup>.*

Este primer conjunto de casos configura y concreta, pues, como motivo de admisión a trámite de una solicitud de asilo, las agresiones sexuales sufridas por una mujer huída de su país como consecuencia de conflicto bélico a manos de soldados en campamentos de refugiados. La actitud hostil de éstos, la situación de indefensión de estas mujeres (refugiadas) y el tipo de agresión sufrida, siempre sexual e íntimamente unida a su condición de mujeres, constituyen para el TS motivo de temor fundado de persecución, suficiente al menos en sede de admisión a trámite de la solicitud de asilo, como motivo de peligro verosímil.

Otra vertiente de esta nueva interpretación de las causas de asilo previstas en el Convenio de Ginebra, en relación con el sexo femenino, tiene que ver con el hostigamiento a las mujeres, en especial musulmanas, para contraer matrimonio de manera forzada, que el TS ha entendido también como posible causa de asilo y motivos de temor suficiente y creíble de cara a admitir a trámite la solicitud de asilo. Así se ha puesto de manifiesto en el caso de la solicitud de asilo presentada por una mujer víctima de acoso, hostigamiento y amenazas por un hombre en su país de origen, Nigeria, respecto de la cual el TS ha afirmado lo siguiente:

*“(…) En efecto, basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en el hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio resiste carácter protegible (por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). Ciertamente que la recurrente no denunció los hechos ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad de Nigeria, pero ella misma aclara que lo hizo por miedo a las consecuencias que la denuncia pudiera tener para ella misma y para sus padres, siendo*

*esta una alegación que no cabe descartar apriorísticamente como inservible o inverosímil; más aún visto que un informe del ACNUR obrante en las actuaciones –del que podemos hacer uso en este sentencia conforme a la posibilidad prevista en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción- señala expresamente que “según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país”.*

*En suma, la recurrente expuso su relato en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud. Será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo”<sup>lxiii</sup>.*

Y ello pese a que la persecución era ejercida no por un agente estatal sino por un particular, pues como también el TS ha establecido en su jurisprudencia, dicha persecución es aceptable a efectos de solicitud de asilo cuando el Estado la tolere<sup>lxiv</sup>.

Y la última evolución en una protección específica de la mujer respecto de aquellos temores fundados de volver a su país por persecuciones relacionadas únicamente con su sexo, es la surgida en relación con la práctica presente en algunos países africanos aunque no siempre perseguida, de la mutilación genital femenina. Dicha práctica como causa de persecución específica contra la mujer que justificaría, en su caso, la concesión del asilo, se plantea en un primer momento contra la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo por parte de una nacional nigeriana que escapa de su país al ser perseguida para practicarle la ablación del clítoris, una práctica que, además de no admitir por voluntad propia, le infunde un enorme temor, al haber muerto por ella tanto su hermana como una amiga. A este respecto el TS aceptó el planteamiento del tribunal de instancia, que en su resolución del recurso contencioso-administrativo entendía que:

*“Pues bien, respecto del motivo de inadmisión previsto en el artículo 5.6.b), debe señalarse que esta Sala considera que sí concurren las causas que dan lugar a la concesión de asilo, que se encuentran previstas –por remisión del artículo 3 de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo- principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y se resumen en la concurrencia de temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen, pues concurre un fundado temor a sufrir persecución cuando se teme sufrir un atentado contra su integridad física –mutilación genital- por razón de su pertenencia a un determinado grupo social –las mujeres- (...) procedente o consentido por las autoridades de su país de origen”<sup>lxv</sup>.*

En mayo de 2009 el TS ha terminado de afirmar rotundamente como causa de concesión de asilo en España el hecho de haber sufrido mutilación genital por parte de una mujer -en el caso de autos nigeriana-, apoyando su posición en toda la jurisprudencia protectora de la mujer hasta aquí descrita, y específicamente la concesión del asilo como protección frente a una mutilación salvaje y una afeción de derechos fundamentales como es la ablación del clítoris. La respuesta del Tribunal, estructurada sobre la base de la jurisprudencia hasta ahora establecida, ha sido rotunda:

*“ (...) Esta Sala (...) ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere le forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (...); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (...), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (...), referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria (...).”*

Argumentación con la que el TS enlaza con sus sentencias anteriores y particulariza la situación de persecución de las mujeres, en especial en el caso de Nigeria, que ilustra además con un listado amplio de conductas atentatorias contra sus derechos fundamentales y constitutivas *per se* de temores fundados de persecución, en la medida en que el Estado en cuestión no da muestras de combatirlas ni perseguirlas de forma efectiva, entre ellas los matrimonios forzados incluso con menores de edad, la privación de derechos hereditarios, la falta de sanción de malos tratos y, por supuesto, la mutilación genital:

*Más específicamente (...) recogimos el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital en Nigeria, en el sentido de que “existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital” y que la mutilación genital, aun estando prohibida en algunos Estados, “parecería que aún se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo”, concluyendo (...) que la huida con la finalidad de evitar esa reprobable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.*

*En estas y en otras sentencias sobre casos similares, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria, transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en ese país (...) Y, lo que es más importante, esas mismas consideraciones se recogen en los informes obrantes en los autos de este concreto recurso sobre la situación sociopolítica de Nigeria. En efecto, en el curso del periodo probatorio se unió a las actuaciones un informe del ACNUR en el que se indica que aun cuando la mutilación genital femenina (MGF) está decreciendo en ese país y se han promovido campañas oficiales en su contra, “la práctica es todavía común en la mayor parte de Nigeria, especialmente en las áreas rurales”<sup>lxvi</sup>.*

El Tribunal toma en consideración, a la hora de valorar si efectivamente existe riesgo para la solicitante, la situación social en su país de origen, la protección ofrecida por su sistema jurídico conforme a su sexo, la frecuencia de dichas conductas atentatorias y el grado de persecución de las mismas por el propio sistema legal nacional. Aceptando como acreditada la nacionalidad nigeriana de la recurrente y *“su situación de huida frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la bárbara práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado”*, por otra parte considerado *per se* como causa independiente de persecución como se ha visto, y verosímil el relato de la recurrente, procede a valorar si dicho relato se encuentra suficientemente justificado, en cuyo caso ha de desembocar necesariamente en la concesión del asilo. Y a este respecto el alto Tribunal entiende que:

*“(...) Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la*

*infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a los que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.*

*Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación formulado por D<sup>a</sup> Delfina así como el recurso contencioso-administrativo por ella interpuesto, anular la resolución impugnada y, en definitiva, reconocer a la solicitante el derecho de asilo indebidamente denegado* <sup>lxxvii</sup>.

La afirmación, por tanto, del TS es clara y contundente, y en la medida en que la solicitante de asilo demuestre haber sufrido tal atentado a sus derechos y a su intimidad habrá lugar a la concesión del asilo. El TS español pues, si bien no se extiende demasiado en este tipo de consideraciones en su jurisprudencia, parece sumarse a la doctrina *Acosta* en materia de pertenencia a un grupo social determinado a la hora de resolver sobre este tipo de solicitudes de asilo.

## IX

Una vez realizado este camino y con la base previa que la propia jurisprudencia de los tribunales españoles ofrece, se comprende que la nueva ley española de asilo haya apostado claramente no por incluir un motivo nuevo o diferente como causa de persecución a los efectos de la concesión de asilo, sino que haya abundado en el concepto de pertenencia a un grupo social determinado, una causa que jurisprudencialmente tanto en España como en terceros países se ha venido utilizando para incluir la protección de este tipo de situaciones, como se ha visto.

Sin ánimo de extensión por lo que hace a la nueva ley, que es objeto de tratamiento específico en otro capítulo de esta obra, es interesante no obstante constatar cómo ésta ha corregido una situación que de hecho ya se venía produciendo desde la promulgación de la Ley de igualdad <sup>lxxviii</sup> y, a la hora de explicar de forma individualizada los distintos motivos de persecución, ha incorporado por primera vez el género como circunstancia determinante de la misma, congruente con otras iniciativas reguladoras en el ámbito internacional y siguiendo las directrices y límites marcados por la jurisprudencia del TS que se acaba de exponer, al establecer que:

*“Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores a sufrir persecución singularizada por motivos de género, sin que aquéllas o éstos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”* <sup>lxxix</sup>.

De otra parte, la ley se muestra igualmente congruente con la inclusión, en su momento, por medio de la LO 11/2003 <sup>lxxx</sup>, de la mutilación genital femenina como delito en el art. 149 del Código Penal español <sup>lxxxi</sup>.

Aún así no pasan desapercibidas las dificultades de conseguir el reconocimiento del carácter de refugiado por quien ha padecido semejante maltrato y que, a todas luces resulta obvio, no puede volver a su país. La necesidad, ante el endurecimiento progresivo de las condiciones de entrada en territorio de la Europa comunitaria, para este tipo de solicitantes de mezclarse con flujos de inmigración ilegal ha provocado que éstos reciban el mismo trato en la frontera cuando son apresados, siendo devueltos inmediatamente a sus lugares de origen desatendiendo la obligación internacional de *non-refoulement*, pero aún más, que en caso de éxito en la entrada ilegal en el país no se denuncie inmediatamente la situación padecida y se solicite el asilo, sino que éste se solicite *in extremis* ante el riesgo de ser identificado como inmigrante ilegal. Tal ha sido el caso de una solicitante de asilo nigeriana a la que inicialmente se inadmitió a trámite la solicitud de asilo pese a la gravedad del temor manifestado, por entender la Administración que excedió el plazo para la solicitud del asilo. La respuesta del TS también fue clarividente en cuanto a la discriminación entre situaciones de verdadera persecución y de inmigración legal, en sentido positivo para la concesión del asilo:

*“(…) La interesada es una mujer de escasa formación, que llegó a Valencia (según relata) en un barco como polizón junto con otras veinte personas, y que razonablemente podía sentir temor o reparo en comparecer ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad españolas y explicar las razones de persecución por razón de sexo por la que había huido de su país. Por otra parte, pidió asilo por su propia iniciativa, sin que hubiera sido identificada o detenida antes por las Fuerzas de Seguridad españolas ni se hubiera incoado contra ella ningún expediente por razón de su estancia ilegal en España, y además el retraso en la presentación de la solicitud de asilo no fue especialmente relevante, atendidas sus circunstancias personales. (…) Todas estas razones, conjuntamente examinadas, son, a juicio de esta Sala, suficientes para justificar la tardanza en la solicitud del asilo”<sup>lxxii</sup>.*

Y en sentido negativo, para su denegación, a fin de no desnaturalizar la razón de ser y la finalidad a las que responde la institución del asilo y poder reconocer como tal la persecución alegada y la falta de protección frente a ella:

*“(…) la recurrente en casación afirma en el desarrollo del motivo casacional que tiene derecho al asilo porque forma parte de un colectivo discriminado, el de las mujeres africanas, más aún habida cuenta de su condición de “divorciada-repudiada” (...) que la convierte en una persona condenada al abandono y a la miseria (...) los únicos hechos relevantes son los que la solicitante consignó al solicitar asilo; y en este caso, no fue eso lo que expuso la actora en su solicitud de asilo, donde se limitó a decir (...) que tras divorciarse de su marido, por no aceptar que éste tomara una segunda esposa, no consiguió encontrar trabajo, por lo que, tras diversos desplazamientos por otros países africanos a la búsqueda de empleo, viajó hasta España, siempre con el ánimo de encontrar mejores condiciones de vida. Nada dijo entonces sobre una supuesta situación de desprotección general e institucionalizada hacia la mujer por parte de las Autoridades de su país de origen, Camerún. Mas bien resulta de su relato que su periplo por diversos países hasta recalar en España se debió a la búsqueda de subsistencia económica, y no a la existencia de una persecución protegible a través del asilo (...) el sólo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país (...)”<sup>lxxiii</sup>.*

En este sentido el TS, además de combatir la estrechez de la Administración española a la hora de interpretar las causas de persecución incluidas en el Convenio de Ginebra para dejar sin protección todos los casos antes referidos, ha sabido distinguir

también, de entre los casos de asilo solicitado por mujeres que alegaban ser víctimas de persecución por razón de pertenencia a un grupo social especialmente desfavorecido en su país, aquellas incursiones en territorio nacional no merecedoras de tal protección por tratarse de desplazamientos por razones puramente económicas, esto es, de búsqueda de mejores condiciones de vida. La distinción es, pues, posible, y la concesión merecida del asilo también, por lo que sólo cabe lamentar la confusión y la cicatería en muchos casos de la administración española en la consideración de los recursos tanto por inadmisión como por denegación, ignorando en este sentido las recomendaciones del ACNUR en su Plan de Acción de los diez puntos o del Consejo de Europa al respecto<sup>lxxiv</sup>.

## X

La lucha de la mujer por la protección de sus derechos dentro del sistema de Naciones Unidas ha conocido tres fases diferenciadas: la primera, al inicio de la andadura de la organización, con la reivindicación de sus derechos civiles y políticos, entre ellos y especialmente el derecho de voto; la segunda, durante las décadas de los 60 y los 70, culminó con la adopción de la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, estructurada en torno a un concepto amplio de igualdad hombre/mujer y que reivindicaba un tratado idéntico para ambos en las diferentes esferas de la vida. Sin embargo la violencia contra la mujer no se incluyó en este nuevo logro convencional, y no fue hasta los 80 que el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer adoptó, con su conocida Recomendación general núm. 19, posición a favor de la protección de la mujer contra toda forma de violencia, a principio de los 80, una vez que se levantó el velo de la privacidad familiar bajo el cual interesadamente algunos Estados, bajo etiquetas culturales o religiosas, esgrimiendo como bandera el relativismo cultural, toleraban prácticas violentas aberrantes contra la mujer.

¿Existen otras causas posibles de protección de la mujer solicitante de asilo que le permitan acogerse a la persecución por pertenencia a un grupo social determinado? En el caso *In Re A*, el BIA denegó al solicitud de asilo a Rodi Alvarado Peña, una mujer guatemalteca víctima de brutales malos tratos por parte de su marido, no sancionados por las autoridades nacionales<sup>lxxv</sup>, una decisión que despertó muchas críticas por la situación terrible padecida por esta mujer. Tal vez, y a pesar de una cierta oscilación en la jurisprudencia que hasta aquí se ha desarrollado en materia de mutilación genital femenina, se esté produciendo una extensión en el planteamiento de las demandas de asilo como consecuencia de un persecución basada en el sexo bien por parte del Estado bien por parte de la comunidad a la que la víctima pertenece, hacia el ámbito estrictamente privado de la familia y la violencia que en su seno puede ejercerse contra la mujer constitutiva de persecución. En el caso de la violencia doméstica, el TEDH no ha vacilado en calificar un comportamiento de este tipo como tortura<sup>lxxvi</sup>.

La primera relatora especial de UN para la violencia contra la mujer, Coomaraswamy, tampoco ha dudado en considerar a este tipo de prácticas como tortura<sup>lxxvii</sup>. Como las relatoras especiales de UN para la violencia contra la mujer han advertido, la mutilación genital femenina y otras formas de violencia contra la mujer están siendo exportadas como consecuencia de la globalización de los flujos migratorios<sup>lxxviii</sup>, pretendiéndose incluso su regularización una vez normalizadas, en el caso de la mutilación genital femenina, las condiciones higiénicas y sanitarias para realizarlas<sup>lxxix</sup>. No puede haber propuesta más aberrante y el rechazo a la protección de mujeres que huyen de este tipo de persecución no viene sino a reforzar *de facto* si bien

de forma indirecta, este tipo de conductas y su falta de represión, contribuyendo a su ocultación so pretexto de no incursión en la esfera privada.

La nueva legislación española, finalmente, no viene a ser tan novedosa, más bien no ha hecho sino recoger de forma obligatoria lo que ya era derecho aplicable para España, en virtud de la nueva interpretación autorizada de la normativa específica de Naciones Unidas, del Derecho comunitario a través de las respectivas directivas de asilo a las que literalmente copia, y de la propia jurisprudencia de los tribunales españoles que han adoptado a la postre una interpretación generosa a este respecto, como ya lo hicieran con anterioridad los tribunales norteamericanos, canadienses, australianos o británicos. Habrá que ver si esa tendencia generosa se mantiene a la luz de la nueva ley no sólo en relación con la mutilación femenina sino también si, como ha ocurrido ya ante otros tribunales nacionales, la violencia de género ejercida en el seno de la familia llega hasta las autoridades españolas como base de solicitudes de asilo, esto es, si el largo camino recorrido por las solicitantes de asilo víctimas de mutilación genital sirve para ampliar y reconocer la protección necesaria de aquellas personas que, como consecuencia de su sexo, son víctimas de las más crueles persecuciones.

---

## NOTAS

<sup>i</sup> Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Málaga; asesora jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Derecho Internacional Público, Consejo de Europa. El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación del Plan Nacional I+D SEJ04769-2006/JURI.

<sup>ii</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/25/espana/1245928835.html>

<sup>iii</sup> Vid texto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31/10/2009.

<sup>iv</sup> Vid Convención de UN sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, art. 1.

<sup>v</sup> La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) ha definido los flujos mixtos como “movimientos de población complejos que comprenden solicitantes de asilo, refugiados, migrantes económicos y otros migrantes”. Vid *OIM: Derecho Internacional sobre Migración, Glosario sobre Migración*, (2004), p. 42;

[http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published\\_docs/serial\\_publications/greenbook7\\_spa.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf)

<sup>vi</sup> Vid, entre otros, la *Agenda pour la protection*, A/AC.96/965/Add.1, de 26 junio 2002, adoptada en la 53 sesión del Comité ejecutivo; UNHCR, *Refugee protection and international migration, Rev. 1*, enero de 2007, en <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/44ca0f874.pdf>; el conocido como Plan de los 10 Puntos para responder a los flujos migratorios mixtos, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4598.pdf>; así como las actividades desarrolladas al respecto por el Comité Executif du Programme du Haut Commissaire, EC/58/SC/CRP.12, de 4 de junio 2007.

<sup>vii</sup> Vid OIM: *Refugee protection and migration control: perspectives from UNHCR and IOM*, EC/GC/01/11, de 31 mayo 2001; *Diálogo Internacional sobre la Migración de 2008. Los retos de la migración irregular: Encarar los flujos migratorios mixtos*, MC/INF/294, 7 Noviembre 2008.

<sup>viii</sup> Vid A/RES/48/104, de 23 febrero 1994, art. 1.

<sup>ix</sup> Vid *ibíd.*, art. 2, a).

<sup>x</sup> Vid *Further Promotion and Encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, Including the Question of the Programme and Methods of Work of the Commission. Alternative Approaches and Ways and Means within the United Nations System for Improving the Effective Enjoyment of Human Rights and Fundamental Freedoms. Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1994/45*, E/CN.4/1995/42, de 22 noviembre 1994. Respecto de esta práctica concreta y sus diferentes formas, desde la amputación parcial o total del clítoris, pasando por la excisión hasta la infibulación, y los enormes riesgos que conlleva para la salud de la mujer como consecuencia de su realización por personal no sanitario, en condiciones higiénicas insuficientes, con instrumental primitivo tales como cuchillas de afeitar, trozos de vidrio, navajas, tijeras, cuchillos o escalpelos, así como otros males derivados de la misma tales como la aparición de fístulas especiales características de esta mutilación, infertilidad o la retención de orina entre otras muchas físicas y

psicológicas *vid Final Report of the Special Rapporteur on traditional practices affecting the health of women and children*, Mrs. Halima Embarek Warzazi, E/CN.4/Sub.2/1991/6, así como *Integration of the human rights of women and the gender perspective. Violence against women. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/49, Cultural practices in the family that are violent towards women*, E/CN.4/2002/83, de 31 Enero 2002, § 12 y ss.

<sup>xi</sup> En este sentido, y frente a las argumentaciones basadas en el relativismo cultural esgrimidas por muchos Estados como base de las reservas realizadas a los convenios que protegen los derechos fundamentales de las mujeres, la relatora especial Ertük afirma: “(...) Cabe preguntarse si el derecho a la diferencia y a la especificidad cultural, consagrado en la libertad de religión y creencia, contradice la universalidad de los derechos humanos e la mujer. La pregunta podría plantearse de otra manera: ¿Es el control sobre la mujer y la reglamentación al respecto la única forma de mantener la especificidad y las tradiciones culturales? ¿es la cultura o la coacción patriarcal autoritaria y los intereses de la hegemonía masculina lo que viola los derechos humanos de la mujer en todas partes? ¿Está ejerciendo su derecho en nombre de la cultura el hombre que pega a su mujer? De ser así, ¿son la cultura, la tradición y la religión sólo propiedad del hombre? (...)”. *Vid* E/CN.4/2004/66, de 26 Diciembre 2003, § 38.

<sup>xii</sup> *Vid*, entre otras, las de Argelia, Bahrein, Bangladesh, Brunei, Egipto, Iraq, Kuwait, Libia, Malasia, Mauritania, Marruecos, Nigeria, Pakistán, Qatar, Omán, Arabia Saudí, Siria, Túnez o Emiratos Árabes.

<sup>xiii</sup> *Vid* E/CN.4/1995/42, *cit. supra*, § 146, y E/CN.4/2002/83, *cit. supra*, § 12.

<sup>xiv</sup> *Vid* E/CN.4/2002/83, § 14, *cit. supra*, así como el Informe de la OMS: *Female Genital Mutilation – New Knowledge Spurs Optimism*. Progress, No. 72, 2006, en <http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/72.pdf>

<sup>xv</sup> *Vid* artículos 2, f), 5, a) y 10, c) de la CEDAW.

<sup>xvi</sup> *Vid* ambas recomendaciones en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

<sup>xvii</sup> *Vid Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979.

<sup>xviii</sup> En este sentido el § 79 establece: “*Mere membership of a particular social group will not normally be enough to substantiate a claim to refugee status. There may, however, be special circumstances where mere membership can be a sufficient ground to fear persecution*”.

<sup>xix</sup> *Vid Handbook on procedures...*, *cit. supra*, § 37 y 38.

<sup>xx</sup> *Vid Handbook ...*, *cit. supra*, § 42.

<sup>xxi</sup> *Vid ibíd.*, § 43.

<sup>xxii</sup> En principio sólo estaban previstos como casos especialmente difíciles en la tramitación del procedimiento los supuestos de solicitantes afectados por deficiencias mentales (p. 206-212) y los de menores no acompañados (213-219).

<sup>xxiii</sup> *Vid UNHCR Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01, de 7 mayo 2002. Estas directrices han sido completadas en 2008 para incluir aquellas persecuciones que pueden fundamentar una solicitud de asilo desencadenadas como consecuencia de una determinada orientación sexual. *Vid UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, November 21, 2008, en <http://www.refworld.org>

<sup>xxiv</sup> *Vid ibíd.*, § 29-30.

<sup>xxv</sup> *Matter of Acosta*, Int. Dec. 2986 (BIA 1985), profusamente citado con posterioridad por los tribunales supremos de Canadá (*Attorney General v. Ward*, 2 S.C.R. 689 (Tribunal Supremo de Canadá, 1993); o en el Reino Unido, en *Islam (A.P.) v. Secretary of State* (1999) 2 W.L.R. 1015 (House of Lords). Se trataba en este caso de un nacional salvadoreño solicitante de asilo a las autoridades norteamericanas como consecuencia del temor a ser atacado, por su condición de fundador de la cooperativa COTAXI, por la guerrilla salvadoreña que ya había tacado y asesinado a varios miembros de la cooperativa por negarse a colaborar con ellos. La decisión puede encontrarse en:

[http://www.unhcr.org/refworld/country,,USA\\_BIA,,SLV,4562d94e2,3ae6b6b910,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/country,,USA_BIA,,SLV,4562d94e2,3ae6b6b910,0.html). Para un análisis general del conjunto de la jurisprudencia norteamericana en la materia *vid* KELLY, N.: “*Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women*”, 26 Cornell Int’l L.J. (1993), pp. 625 y ss; y en relación a la jurisprudencia de otros Estados en la materia *vid* FULLERTON, M.: “*A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group*”, 26 Cornell Int’l L.J. (1993), pp. 505 y ss.

<sup>xxvi</sup> *Vid Matter of Acosta*, *cit. supra*, § 31.

<sup>xxvii</sup> La llamada doctrina Acosta o el “test de las características inmutables” fue aplicado de forma sistemática por los tribunales americanos, como lo demuestran los casos: *Lwin v. INS*, 144 F.3d 505, 512 (7th Cir. 1998); *Meguenine v. INS*, 139 F.2d 25, 28 n.2 (1st Cir. 1998); *Fatin v. INS*, 12 F.3d 1233, 1239-41 (3d Cir. 1993); *Gebremichael v. INS*, 10 F.3d 28, 36 (1st Cir. 1993); *Álvarez-Flores v. INS*, 909 F.2d 1, 7 (1st Cir. 1990); *Ananeh-Firempong v. INS*, 766 F. 2d 621, 626 (1st Cir. 1985).

<sup>xxviii</sup> *Vid INS v. Sánchez-Trujillo*, 801 F.2d 1571, 1576 (9th Cir. 1986).

<sup>xxix</sup> *Vid* en este sentido la crítica de KELLY, N.; “*Gender-related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women*”, 26 Cornell Int’l. L.J. (1993), pp. 625 y ss, en especial *vid* p. 651

<sup>xxx</sup> *Vid Matter of Kasinga*, *cit. supra*, § 365; el texto de la sentencia se puede encontrar en: <http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Fauziya.pdf>

<sup>xxxi</sup> *Vid Matter of Kasinga*, *cit. supra*, § 366.

<sup>xxxii</sup> *Vid* al respecto MUSALO, K. & KNIGHT, S.: “Gender-based asylum: an analysis of recent trends”, 77 Interpreter Releases 1533 (October 30, 2000); KNIGHT, S.: “Seeking Asylum From Gender Persecution: Progress Amid Uncertainty”, en 79 Interpreter Releases 689 (May 13, 2002).

<sup>xxxiii</sup> *Vid Matter of A – T*, 24 I. & N. Dec. 296 (BIA 2007) y comentario de FRYDMAN, L. & SEELINGER, K.T.: “*Kasinga’s Protection Undermined? Recent Developments in Female Genital Cutting Jurisprudence*”, 13 Bender’s Immigration Bulletin 1073 (September 1, 2008).

<sup>xxxiv</sup> Es posible, por ejemplo, volver a practicar la infibulación cuando ha sido necesario volver a abrir la vagina de una mujer previamente mutilada e infibulada para dar a luz a un hijo. *Vid* entre otros *Mohammed v. Gonzales*, 400 F.3d 785 (9th Cir. 2005).

<sup>xxxv</sup> *Vid Mohammed v. Gonzales*, *cit. supra*; *Hassan v. Gonzales*, 484 F.3d 513 (8<sup>th</sup> Cir. 2007)

<sup>xxxvi</sup> *Vid* RICE, M.: “*Protecting Parents: Why Mothers and Fathers Who Oppose Female Genital Cutting Qualify For Asylum*”, Immigration Briefings (November 2004) y jurisprudencia allí citada. En el mismo sentido se pronuncia la Relatora especial de Naciones Unidas para la violencia contra la mujer, *vid* E/CN.4/2003/75, *cit. supra*, § 67.

<sup>xxxvii</sup> *Vid S – A – K y H – A – H*, 24 I. & N. Dec. 464 (2008)

<sup>xxxviii</sup> *Vid Matter of A – K*, 24 I. & N. Dec. 275 (BIA 2007), y comentario por FRYDMAN & SEELINGER, *cit. supra*. Así mismo, alguna jurisprudencia interna ha denegado el asilo “derivativo”, esto es, a progenitores, por el riesgo de que sus hijas puedan sufrir mutilación genital al ser deportada la familia a su país de origen, pero si ha considerado dicha denegación contraria a los derechos humanos, en concreto al art. 3 CEDH, por considerar la mutilación genital femenina como un trato degradante. *Vid M.H. & Others*, (2002) U.K. Immigration App. Trib. 02691, § 13, en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKIAT/2002/02691.html>

<sup>xxxix</sup> *Vid* caso *Ward*, *cit. supra*. Para un comentario general *vid* The Committee on Immigration and Nationality Law of Association of the Bar of the City of New York: *Gender-Related Asylum Claims and the Social Group Calculus: Recognizing Women as a ‘Particular Social Group’ per se*”, March 27, 2003, en <http://www.cgrs.uchastings.edu/law>.

<sup>xl</sup> *Vid Islam & Shah* (1999), 2 All E.R., p. 556; para un comentario general *vid* ANKER, D.: “*Defining ‘particular social group’ in Terms of Gender: The Shah Decision and U.S. Law*”, en 76 Interpreter Releases 1005 (July 2, 1999), y *Gender-related Asylum Claims and the Social Group Calculus... cit supra*.

<sup>xli</sup> En el caso de Australia el *Department of Immigration and Multicultural Affairs* adoptó en 1996 las *Refugee and Humanitarian Visa Applicants: Guidelines on Gender Issues for Decision Makers*, que pueden consultarse en [http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines\\_aust.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines_aust.pdf), como corolario a la jurisprudencia iniciada en el caso *N93/00656, Australian Refugee Review Tribunal, August 3, 1994*, en: [http://www.unhcr.org/refworld/country..AUS\\_RRT..PHL..3ae6b67f30.0.html](http://www.unhcr.org/refworld/country..AUS_RRT..PHL..3ae6b67f30.0.html). Para un comentario al respecto *vid Gender-Related Asylum Claims ans the Scial Group Calculus... cit supra*, p. 16.

<sup>xlii</sup> Canadá fue el primer país en adoptar directrices nacionales en este sentido. Las *Guidelines Issued by the Chair Person Pursuant to Section 65 (3) of the Immigration Act*, dictadas en 1996 por el Immigration and Refugee Board of Canada, en especial la Guideline 4, *Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Perssecution* pueden consultarse en: <http://www.irb.gc.ca/en/about/guidelines/women/>. Para un estudio en profundidad de las mismas *vid* MACKLIN, A.: “*Refugee Women and the Imperative of Categories*”, 17 Human Rights Quarterly (1995), pp. 213 y ss. El ejemplo canadiense ha sido seguido por Estados Unidos en sus “*Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*”, INS Memorandum from the Office of International Affairs, May 26, 1995, en Interpreter Releases 771 (June 5, 1995), en <http://cgrs.uchastings.edu/law>, comentadas por KELLY, N.: “*Guidelines for Women’s Asylum Claims*”, 71 Interpreter Releases 813 (June 27, 1991), e IBÍD. en: <http://jrl.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/517>. En el año 2000 la instancia de apelación en materia de inmigración del Reino Unido se sumó a esta iniciativa adoptando igualmente unas directrices.

---

Las directrices británicas, *Asylum Gender Guidelines*, dictadas en 2000 por la *UK Immigration Appellate Authority*, pueden consultarse en [http://www.unhcr.org/refworld/category,POLICY,GBR\\_AIT,,,3ae6b3414,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/category,POLICY,GBR_AIT,,,3ae6b3414,0.html)

<sup>xliii</sup> Es el caso especialmente de las directrices adoptadas en Estados Unidos y en Canadá.

<sup>xliv</sup> *Vid UNHCR: Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1<sup>o</sup>(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01, 7 May 2002.

<sup>xlv</sup> *Vid ibíd.*, § 20-21.

<sup>xlvi</sup> *Ibíd.*, § 29.

<sup>xlvii</sup> *Vid ibíd.*, § 30.

<sup>xlviii</sup> *Vid* § 36.

<sup>xliv</sup> *Vid UNHCR Guidance note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 November, 2008.

<sup>1</sup> No obstante, el conjunto de la normativa comunitaria no ha sido valorada muy positivamente por el ACNUR, instando a la UE y a sus Estados Miembros a tener en cuenta una serie de elementos mínimos a la hora de decidir los criterios en relación con la entrada de inmigrantes y la solicitud de protección por parte de personas perseguidas. *Vid Discussion Paper, Reconciling Migration Control and Refugee Protection in the European Union: a UNHCR Perspective*, así como *Diez Años después de Tampere. Recomendaciones del ACNUR a Suecia para su Presidencia de la Unión Europea (Junio a Diciembre de 2009)*.

<sup>li</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el establecimiento de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DOUE L 304, 30/09/2004. Con carácter previo se había adoptado la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE L 251, 03/10/2003, que contempla de forma específica las condiciones y procedimiento de reagrupación en el caso de familiares de una persona a la que se ha reconocido la condición de refugiado (arts. 9-12).

<sup>lii</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DOUE L 326, 13/12/2005.

<sup>liii</sup> *Vid* Directiva 2004/83/CE, considerando (15) y Directiva 2005/85/CE, considerando (13) y arts. 8.2, b), 10.c) y 21.

<sup>liv</sup> *Vid ibíd.*, art. 4.3, a) y c).

<sup>lv</sup> *Vid ibíd.*, art. 6.

<sup>lvi</sup> *Vid Matter of R – A*, Int. Dec. 3403 (BIA), en el que el tribunal no reconoció protección a la demandante de asilo que huía de los malos tratos severos infligidos por su marido.

<sup>lvii</sup> En este sentido es loable la inclusión en la nueva Ley 12/2009, del artículo 17.5, una disposición específica que permite un tratamiento procedimental diferenciado para este tipo de solicitudes.

<sup>lviii</sup> *Vid* Ley 12/2009 *cit. supra*, arts. 16 y ss.

<sup>lix</sup> *Vid* STS de 7 de julio de 2005 (recurso 2107/2002), retomando los términos de la Posición Común del Consejo de la UE de 4 de marzo de 1996, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado”, DOCE L 63, de 13/03/1996, p. 2.

<sup>lx</sup> *Vid* STS de 31 de mayo de 2005 (recurso 1836/2002), y reiterando literalmente este planteamiento STS de 10 de noviembre de 2005 (recurso 3930/2002).

<sup>lxi</sup> *Vid* STS de 9 de septiembre de 2005 (recurso 3428/2002).

<sup>lxii</sup> *Vid* STS de 10 de noviembre de 2005 (recurso 3930/2002).

<sup>lxiii</sup> *Vid* STS de 28 de febrero de 2006 (recurso 735/2003), posición corroborada por las sentencias del TS que resuelven los recursos 4881/2003, 6597/2003, 9300/2003 y 4773/2004.

<sup>lxiv</sup> *Vid* Sentencias del TS de 20 de abril de 2001, de 5 de mayo de 2001, de 20 de mayo de 2001 y de 28 de septiembre de 2001, así como STS 735/2003 *cit. supra*.

<sup>lxv</sup> *Vid* ST AN de 16 de mayo de 2003, en relación al recurso contencioso-administrativo núm. 523/2001, posteriormente aceptado en la STS de 10 de octubre de 2006 (recurso 6597/2003).

<sup>lxvi</sup> *Vid* STS de 11 de mayo de 2009 (recurso 3155/2006), FJ tercero.

<sup>lxvii</sup> *Vid ibíd.*, FJ séptimo.

<sup>lxviii</sup> La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre establecía en su disposición adicional vigésima novena: “*Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: «Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de*

---

aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género», una mención que resultaba insuficiente. Esta adición fue profusamente comentada por el CEAR en su informe general de 2008, [http://www.pear.es/files/informe\\_pear\\_2008.pdf](http://www.pear.es/files/informe_pear_2008.pdf)

<sup>lxxix</sup> Vid art. 7,1,e).

<sup>lxx</sup> Vid LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm 234, de 30/09/2003.

<sup>lxxi</sup> El art. 149.2 del Código Penal es del siguiente tenor: “*El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz*”.

<sup>lxxii</sup> Vid STS de 6 de octubre de 2006 (recurso 6597/2003), FJ cuarto.

<sup>lxxiii</sup> Vid STS de 7 de julio de 2005 (recurso 2107/2002), FJ cuarto.

<sup>lxxiv</sup> Vid, entre otras, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1808 (2007) sobre “Assesment of transit and processing centres as a response to mixed flows of migrants ans asylum seekers” y Resolución 1569 (2007) sobre la misma materia.

<sup>lxxv</sup> *Matter of R- A-*, Int. Dec. 3403 (BIA 1999).

<sup>lxxvi</sup> Vid asunto *Opuz v. Turquía* (demanda núm. 33401/02), de 9 de septiembre de 2009. La Asamblea Parlamentaria ha instado a los Estados Miembros del Consejo de Europa a proteger a las mujeres de este tipo de violencia y a adoptar normativa específica criminalizando la mutilación genital femenina. Vid Resolution 1247 (2001) y Recommendation 1891 (2009).

<sup>lxxvii</sup> “*How do we fight laws and practices that are violent towards women while respecting the dignity of the people who have come to see these practices as tradition? The Special Rapporteur suggests that we use ius cogens, principles of international law that cannot be derogated from by States because they form the basis of international consensus. States are bound whether they give their express consent or not since the norm is of a universal applicability. The prohibition against torture is one of these norms. In this context, cultural practices that are irreversible and cause “severe pain and suffering” must be seen as torture and universally condemned. Severe physical violence that mutilates bodies and results in terrible pain and suffering cannot be tolerated. It is important to use the law to ban and criminalize such practices*” Vid: *Integration of the Human Rights of Women and The Gender Perspective. Violence Against Women*, E/CN.4/2003/75, de 6 enero 2003, § 67.

<sup>lxxviii</sup> Vid Doc. E/CN.4/2004/66, cit. supra, § 42.

<sup>lxxix</sup> Vid Doc. E/CN.4/1995/42, § 150.