

Derecho de asilo y mutilación genital femenina

Ana Valero Heredia
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE INTERPRETAR LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.— II. PASOS SIGNIFICATIVOS EN DICHA DIRECCIÓN.— III. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN IDÓNEO PARA AMPARAR LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO.— IV. LA REINTERPRETACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO: ESPECIAL ATENCIÓN A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA COMO MODO ESPECÍFICO DE PERSECUCIÓN: 4.1. *El concepto de «persecución»*. 4.2. *La forma o modo de persecución*. 4.3. *Los agentes de persecución*.— V. CAUSAS DE PERSECUCIÓN EN LAS QUE TIENE CABIDA LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA: 5.1. *«Opiniones políticas»*. 5.2. *Pertenencia a un «grupo social particular»*.— VI. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN ADECUADO EN LOS SUPUESTOS DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE INTERPRETAR LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Son muchas las voces que en los últimos tiempos han planteado la necesidad de interpretar la definición de refugiado desde una perspectiva de género. Como es sabido, dicha definición ha sido históricamente dilucidada desde una perspectiva masculina.

Entre las causas de persecución previstas en el artículo 1A(2) de la Convención de Ginebra no se encuentra la persecución por razón de sexo y ello se debe ciertamente al momento histórico en que fue redactada. En la génesis del texto se hallaba la voluntad de proteger a un tipo muy concreto de refugiados, los procedentes de la Europa socialista que huían de una persecución política. Sin embargo, las circunstancias sociales actuales han cambiado y ya no es posible dar la espalda a cuestiones tan importantes como: a) que la persecución puede efec-

tuarse a través de la violencia sexual u otros medios específicos por razón del sexo; b) que dicha persecución puede provenir de agentes no estatales frente a la inhibición, actitud omisiva o incapacidad del Estado para cumplir su deber de otorgar protección a quienes la padecen; y c) la situación personal vivida por las mujeres solicitantes de asilo que, en la mayor parte de los casos, son discriminadas institucional y socialmente por razón de su sexo en sus países de origen.

La especial situación en que se encuentran buena parte de las mujeres solicitantes de asilo exige un consecuente particularismo a la hora de examinar las fórmulas de persecución relacionadas con el sexo. Y ello, como tratará de exponerse, requiere de una interpretación y aplicación de los motivos o causas de persecución de la Convención de Ginebra de 1951 desde una perspectiva de género¹, siendo innecesaria su modificación para incluir expresamente como causa de persecución «la persecución por motivos de género»².

II. PASOS SIGNIFICATIVOS EN DICHA DIRECCIÓN

La tendencia a acercarse al tema del asilo desde la perspectiva del sexo o género femenino ha avanzado sustancialmente en el ámbito jurisprudencial y en la práctica administrativa de diversos Estados. Prueba de dicha sensibilidad hacia los rasgos específicos de la persecución a la que se ven sometidas las mujeres, es la adopción por parte de algunos de ellos —principalmente los anglosajones— de directrices procedimentales específicas en el tratamiento de aquellas solicitudes de asilo en las que el componente de género representa un papel significativo. Directrices que sirven como guía legal interpretativa al Gobierno, a los juristas y a los agentes encargados de la adopción de decisiones en materia de asilo. Así, países como Canadá, USA, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda u Holanda, han adoptado dichas «Directrices» o manuales para orientar el tratamiento de este tipo de solicitudes³.

¹ Convención de Ginebra: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, complementada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. El párrafo 2 de la letra A del artículo 1 de la Convención establece como causas de persecución, la raza, religión, nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social y las opiniones políticas.

² Una postura afín a la aquí defendida la mantiene Juan José MATÍN ARRIBAS: *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 95.

³ Véase a este respecto: Immigration and Refugee Board, *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (November 25, 1996) (Canada); Immigration and Naturalization Service, *Gender Guidelines: Considerations for Asylum: Consideration for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women* (26 May 1995) (USA); Department of Immigration and Multicultural Affairs, *Guidelines on Gender Issues for Decision Makers* (July 1996) (Australia); Dutch Immigration and Naturalisation Service, *Work Instruction No. 148: Women in the Asylum Procedure* (1997) (The Netherlands); Immigration Appellate Authority, *Asylum Gender Guidelines* (November 2000) (UK). Asimismo, The Refugee Act 1996 of Ireland. Véase «International Gender Guidelines» en <http://www.uchastings.edu/cgrs/law.html>.

Cabe señalar que en el momento en que culmina la redacción del presente artículo no existen este tipo de manuales procedimentales en España, aunque la Oficina de Asilo y Refugio ha anunciado que está próxima la publicación de una Guía de Buenas Prácticas en la solicitud de asilo.

Algo más difícil se hace encontrar referencias expresas al género como forma específica de persecución en las normas internas de los Estados relativas al derecho de asilo. Sin embargo, esta tendencia comienza a invertirse con ejemplos tan significativos como la modificación de la Ley de Extranjería sueca de 1 de enero de 1997 para introducir una categoría específica de persecución por razón de género; la inclusión en la Ley de asilo irlandesa de 1996 de una definición del concepto «miembro de un grupo social particular» que comprende a todo aquel integrante de un grupo de personas cuya nota definitoria sea su pertenencia al sexo femenino o masculino; o, la reciente inserción, a través de la Ley Orgánica española 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 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 virtud de la cual, serán susceptibles de recibir la condición de refugiadas y, por tanto, de obtener el asilo en España las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.

Por lo que respecta al ámbito jurisprudencial, en España el Tribunal Supremo lleva algunos años reiterando una doctrina sensible a la existencia de manifestaciones de persecución específicamente dirigidas contra las «mujeres» o «género femenino». Así, en diversas sentencias ha manifestado lo siguiente:

«una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo⁴ (...). La persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales»⁵.

Y sobre dicha base ha enmarcado supuestos como la huida del matrimonio forzoso⁶ o el riesgo de sufrir prácticas como la mutilación genital femenina⁷ en la persecución por pertenencia a un determinado «grupo social».

III. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN IDÓNEO PARA AMPARAR LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Siguiendo las palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados puede afirmarse que la «persecución por motivos de géne-

⁴ STS de 7 de julio de 2005.

⁵ SSTS de 31 de mayo de 2005, de 9 de septiembre de 2005 y de 10 de noviembre de 2005.

⁶ En sus Sentencias de 28 de febrero de 2006, de 23 de junio de 2006, de 15 de septiembre y de 15 de febrero de 2007, el TS ha señalado que «una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda en el ámbito de las persecuciones sociales».

⁷ STS de 6 de octubre de 2006.

ro» es un concepto que carece de un sentido legal *per se*. Se trata de una noción que se usa más bien para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado⁸. Puede afirmarse que, por razones de género, son perseguidas todas aquellas personas, tanto hombres como mujeres, que desafían los roles de género que la sociedad patriarcal les asigna e impone; así como aquellas que son castigadas por rebelarse frente a la subordinación a que están sometidas con respecto al varón o contra el *statu quo* que el patriarcado quiere perpetuar⁹.

La definición del término refugiado que recoge la Convención de 1951 debe ser adecuadamente interpretada para proporcionar protección a las mujeres que demuestren un temor bien fundado de persecución —que puede adoptar una forma propia de su género— en razón de alguno de los cinco motivos enumerados, bien particularmente o en combinación. Cualquiera de las cinco causas de persecución tasadas en el artículo primero de la Convención puede ofrecer cobertura a las mujeres que experimentan persecución, aun cuando el daño grave tome la forma de *género-específico*. En este sentido, la ausencia del sexo como una de las causas de persecución enumeradas por la Convención no significa que la mujer que incluye en su solicitud *aspectos relacionados con el género* no pueda gozar de su ámbito de protección, siempre y cuando la definición de refugiado sea interpretada apropiadamente en atención a las circunstancias particulares del caso concreto.

Así pues, partiendo de la premisa de que la interpretación de la definición de refugiado desde una perspectiva de género es un principio básico, ello no significa —tal y como mantiene el ACNUR— que desde esta perspectiva todas las mujeres sean merecedoras del estatuto de refugiado. Muy al contrario —al igual que cualquier solicitante de asilo masculino— la mujer que requiere la protección otorgada por la Convención de Ginebra deberá demostrar que tiene fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. De manera que, las circunstancias relacionadas con el sexo serán relevantes para determinar el tipo de daño causado y el modo específico de persecución sufrido, siendo necesaria la inclusión de la «causa» en alguna de las categorías de la Convención¹⁰. Y ello porque, con carácter general, el sexo no es en sí mismo la causa de persecución sino la forma que la misma adopta¹¹.

⁸ *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, p. 2.

⁹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): *La situación de los refugiados en España*, Informe 2006, p. 142. Véase en www.cear.es.

¹⁰ En esta línea se manifiesta el ACNUR: *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género (...)*, op. cit., p. 3.

¹¹ Véase el documento del ACNUR ya citado, así como el *Resumen de conclusiones: Persecución por motivos de género*, Consultas Globales sobre Protección Internacional. Mesa redonda de expertos en San Remo, del 6 al 8 de septiembre de 2001, núm. 1 y 3 («Resumen de conclusiones: Persecución por motivos de género»).

La idoneidad de la Convención para dar cobertura a los supuestos en los que el sexo juega un papel relevante exige, en cualquier caso, una interpretación de sus requisitos sensible a las circunstancias personales de las solicitantes. Estas mujeres, en la mayor parte de los casos, proceden de países donde la discriminación social se complementa con efectivas desigualdades en su estatus legal respecto a los hombres. Razones todas ellas que convierten en ineludible la toma en consideración de la realidad de la que proceden a la hora de adecuar los requisitos de la Convención –tales como «la persecución por razones políticas», el concepto de «grupo social» o la relevancia de los agentes de la persecución cuando ésta no es llevada a cabo por las autoridades del país sino por terceros– a la vocación humanitaria que preside el Texto del 51.

IV. LA REINTERPRETACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO: ESPECIAL ATENCIÓN A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA COMO MODO ESPECÍFICO DE PERSECUCIÓN

La situación de subordinación o desigualdad en la que se hallan la mayor parte de las mujeres solicitantes de asilo en sus países de origen puede ejercer una importante influencia en la determinación del tipo de persecución que padecen así como en las motivaciones y las razones por las cuales se produce. Se hace necesario, por tanto, realizar las siguientes consideraciones:

4.1. *El concepto de «persecución»*

La Convención de Ginebra no define el concepto de «persecución» ni señala qué debe entenderse por persecución por cada una de las causas tasadas en su artículo primero.

A este respecto, el *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, del ACNUR¹², señala que «no existe una definición universalmente aceptada del concepto de ‘persecución’ y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito. Del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política es siempre persecución. También constituirían persecuciones otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones» –párrafo 51–.

¹² ACNUR, 1979, reeditado en Ginebra en enero de 1992.

Por su parte, el Manual de Procedimiento sobre persecución por motivos de género del Reino Unido¹³, emplea una fórmula bastante precisa para definir qué debe entenderse por persecución: «Persecution=Serious Harm+ The Failure of State Protection».

En el ámbito de la Unión Europea, la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen unas normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto 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*, dispone, en su artículo 9, relativo a los «Actos de persecución», en sus apartados 1. a) y b) que «Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán: a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien, b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)».

De todo ello cabe extraer que el concepto «persecución» incluye dos elementos: a) la existencia de un grave riesgo de sufrir un daño cuya entidad implica la vulneración de los derechos humanos de la persona que lo padece y, b) la inactividad o incapacidad del Estado de origen para evitar dicho riesgo.

4.2. La forma o «modo» de persecución

Las discrepancias en torno a la admisión del sexo como causa autónoma de persecución desaparecen a la hora de afirmar la existencia de importantes singularidades en cuanto a la forma que adquiere la persecución y la discriminación sufrida por las mujeres¹⁴. Ya en el año 1993 el Comité Ejecutivo del ACNUR aceptó el hecho de que las mujeres con frecuencia experimentan la persecución de forma diferente a los hombres, siendo la violencia sexual una de estas formas. En esta línea de interpretación, el Alto Comisionado ha reiterado que las circunstancias particulares de cada individuo determinan cuándo se puede hablar de un temor fundado de persecución, por lo que, si bien hombres y mujeres podrían padecer el mismo tipo de daños, también existe la posibilidad de que sufran formas de persecución específicas de su sexo¹⁵. Las mujeres

¹³ *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK* (Julio de 1998).

¹⁴ Pablo SANTOLAYA MACHETTI: «Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo» en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, op. cit. p. 580.

¹⁵ *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01 de 7 de mayo de 2002.

son frecuentemente perseguidas por razones similares a aquéllas de sus contrapartes masculinos, sin embargo, la persecución de las mujeres puede diferir, en términos de forma y motivación, de las comúnmente experimentadas por los hombres.

De modo que, las distintas formas en que puede cristalizar la violencia de género –violación, abuso sexual, mutilación genital femenina, matrimonio forzoso, violencia doméstica, esterilización forzada o aborto forzado, entre otras– son efectivamente utilizadas como mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o particulares¹⁶. Hay muchas formas de daño grave que surgen en las solicitantes de asilo y que son únicas en su género o de las que las mujeres son más comúnmente afectadas, convirtiéndose, pues, no en «razones» singulares sino en «fórmulas» de persecución específicas.

En el ámbito europeo, la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen unas normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto 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*, incluye en su artículo 9, entre las formas que pueden adoptar los actos de persecución: la «violencia sexual» (apartado 2.a)); «las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria» (apartado 2. b)); y «los actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o niños» (apartado 2. f)). Formas de persecución, todas ellas, que afectan en mayor medida a las mujeres.

4.3. Los agentes de persecución

Uno de los argumentos más utilizados para rebatir la idoneidad de la Convención de Ginebra para el tratamiento de las solicitudes de asilo que contienen aspectos relacionados con el sexo es, sin duda, el relativo a que quienes ejercen la violencia contra las mujeres son frecuentemente agentes privados y no el Estado u otras estructuras políticas. Como es sabido, la redacción de la Convención de Ginebra atribuye la vulneración de derechos –como muchas normas declarativas de derechos de clara impronta liberal– al Estado, debiendo ser éste, desde la literalidad de la norma, el agente de persecución.

Esta circunstancia es especialmente cierta en los supuestos relativos a la Mutilación Genital Femenina, ya que dicha práctica atentatoria de la dignidad de las niñas o mujeres que la padecen, tiene lugar primordialmente por la expresa voluntad de sus padres o familiares y deriva de un imperativo vinculado a las convicciones que singularizan la identidad étnica y cultural de la sociedad en la que viven.

¹⁶ En este sentido se manifiesta el ya citado *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* del ACNUR.

Sin embargo, dada la frecuente alegación de persecuciones derivadas de agentes privados en el ámbito del asilo, el ACNUR ha venido señalando que dentro de la definición de refugiado cabe reconocer agentes de persecución tanto estatales como no estatales. Así dispone en el párrafo 65 de su *Manual de Procedimientos* que, «si bien los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades de un país, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensas perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo».

Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, la *Posición Común 96/196, de 4 de marzo de 1996 «Relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra»* estableció que: «Se considerará que las persecuciones cometidas por terceros entran en el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra cuando estén basadas en los motivos de la sección A del artículo 1 de esta Convención, tengan un carácter personalizado y estén fomentadas o autorizadas por los poderes públicos. Cuando los poderes públicos permanezcan inactivos, dichas persecuciones darán lugar a exámenes particulares de cada una de las solicitudes de estatuto de refugiado, de conformidad con las jurisprudencias nacionales y teniendo especialmente en cuenta el carácter voluntario o involuntario de la inacción constatada. En todo caso, las personas afectadas tendrán derecho a formas de protección adecuadas que resulten conformes con la legislación nacional»¹⁷.

Y, más recientemente, la citada *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen unas normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto 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*, dispone en su artículo 6 que los «agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: a) el Estado; b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves (...)»¹⁸.

¹⁷ Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. El texto de dicha Posición común puede encontrarse en David BLANQUER, *Asilo Político en España*, Ministerio del Interior/ Civitas, Madrid, 1997.

¹⁸ La propia *Directiva* señala que «se entenderá que existe *protección* cuando el Estado o los partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección» –artículo 7–.

De todo ello cabe deducir que el reconocimiento del estatuto de refugiado a quien sufre una persecución relacionada con su género podría prosperar aun cuando el agente de persecución carezca de carácter estatal en dos tipos de supuestos:

- a) En primer lugar, cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 de la *Posición Común para la aplicación armonizada del término refugiado* de 1996 de la Unión Europea, la persecución proceda de terceros y los poderes públicos la fomenten o autoricen; y,
- b) En segundo lugar, cuando ante la persecución perpetrada por agentes no estatales, las autoridades públicas se nieguen a otorgar la necesaria protección o sean incapaces de otorgarla¹⁹. A esta segunda interpretación se acoge, como se ha visto, la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004*.

Si bien hasta la fecha no habían criterios claros al respecto, España parece sumarse a esta interpretación de la Convención de Ginebra en materia del agente perseguidor con una pionera concesión de asilo a una víctima de violencia intrafamiliar en su país de origen, reconociendo que la persecución realizada por un agente no estatal –su esposo, la familia del esposo y su propia familia– en el ámbito privado tenía repercusión en el ámbito público con el reconocimiento de la condición de refugiada. El Ministerio del Interior concedió así el asilo a una mujer procedente del país de la zona del Golfo Pérsico sobre la base de la existencia en su país de origen de una legislación y unas prácticas tradicionales discriminatorias y enormemente violentas para las mujeres sin que las autoridades del país adoptasen ninguna medida para protegerlas y perseguir y castigar a los agresores²⁰.

V. CAUSAS DE PERSECUCIÓN EN LAS QUE TIENE CABIDA LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Como es sabido, el apartado 2 de la letra A del artículo 1 de la Convención de Ginebra establece como causas de persecución «la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social y las opiniones políti-

¹⁹ Manteniendo una misma línea interpretativa, el Board of Immigration Appeals americano otorgó el asilo a una mujer procedente de Marruecos cuyo padre, islamista ortodoxo, sometía a su hija a violencia física y emocional, impidiéndole incluso recibir educación. El Board razona que las autoridades de Marruecos no podían o no querían evitar los abusos paternos, y considera que se trata de un caso de persecución por razón de religión: *Board of Immigration Appelas. In re SA*, Decisión 3433, de 27 de junio de 2000. En España este criterio es defendido en los Dictámenes del Consejo de Estado 43/92, de 27 de febrero y 1477/93, de 22 de diciembre.

²⁰ Una descripción más detallada de este caso puede verse en Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): *La situación de los refugiados en España*, Informe 2006, op. cit., p. 144.

cas» y el otorgamiento del estatus de refugiado debe sustentarse en alguna de dichas causas. Sin embargo, el «nexo de causalidad» existente entre la persecución y la razón por la que aquélla se produce puede estar condicionado por el sexo de quien la sufre y, por tanto, por el tipo de persecución padecida.

Así pues, las solicitudes de asilo relacionadas con el sexo deben ser reconducidas a una de las causas de persecución señaladas por la Convención de Ginebra atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto. En esta línea de interpretación, en el ámbito de la Unión Europea, en su *Propuesta de Directiva del Consejo sobre las normas mínimas relativas a las condiciones que deben cumplir los nacionales de terceros países y los apátridas para poder acceder al estatus de refugiado o de persona que, por otras razones, necesita de una protección internacional, y las relativas al contenido de dicho estatus*, la Comisión Europea señalaba que « cuando el solicitante de protección internacional sea una mujer, se tendrá en cuenta el hecho de que la persecución, a efectos de la Convención de Ginebra, puede materializarse mediante violencia sexual u otros modos específicamente usados en el caso de las mujeres. Cuando la forma de persecución sea específica para mujeres, ello no debe ocultar la razón por la que ocurrió el acto de persecución. Por ejemplo, la violencia sexual puede infligirse a mujeres refugiadas, por ejemplo, por su religión, opinión política o nacionalidad. En estos casos la violencia sexual es una mera forma de persecución y puede aplicarse cualquier motivo de la Convención expuesto en el artículo 12»²¹.

Interpretación a la que finalmente se adscribe el texto definitivo de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004*, al señalar en su 9.2.a) que: «Los actos de persecución (...) podrán revestir, entre otras formas, los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual».

No hay que olvidar, además, que el grado de impunidad con que se llevan a cabo los actos de violencia sexual contra las mujeres y las prácticas como la mutilación genital femenina –claramente atentatorias de la dignidad y de la integridad física y moral de quienes la padecen– denota que dicha violación de derechos no se produce sólo por la entidad del daño causado sino por llevar aparejada, además, la perpetuación del estatus de subordinación y discriminación al que frecuentemente se encuentran sujetas aquéllas. Resulta innegable, por tanto, que la gravedad de las prácticas o medidas que se adoptan contra las mujeres en países donde la discriminación social e institucional contra ellas es la regla usual, debe ser tomada en cuenta a la hora de subsumir los actos de persecución en alguna de las causas tasadas en el artículo 1A(2).

5.1. «Opiniones políticas»

La deducción del nexo causal existente entre el temor fundado de sufrir un tipo específico de persecución relacionada con el sexo y la causa de la dicha

²¹ Comentario del articulado: Artículo 7, p. 17.

persecución prevista por la Convención, exige tener presente que la oposición de las mujeres a la opresión que experimentan en el contexto de las leyes religiosas, los rituales, la norma cultural del grupo o las prácticas tradicionales a las que se ven expuestas, puede estar dotada de una innegable naturaleza política, o religiosa. En este sentido –dado que la Mutilación Genital no tiene un origen religioso– no es difícil coincidir con aquellos autores que consideran no sólo posible sino absolutamente necesario defender una interpretación de la Convención que permita considerar persecuciones políticas las sufridas por negarse a las prácticas de mutilación sexual, siempre que, naturalmente, las sanciones o castigos que tengan que afrontar como consecuencia de esa actitud sean lo suficientemente graves, y que la persecución sea directa o indirectamente imputable a las autoridades²².

De acuerdo con lo previsto por las *Guidelines* o directrices para el tratamiento de las solicitudes de asilo estadounidenses, «Una solicitante que pueda demostrar un temor fundado de persecución por sus creencias acerca del papel y el estatus de la mujer en la sociedad puede obtener el estatuto de refugiada por sus opiniones políticas». De acuerdo con ello, cabe reconocer naturaleza política a la oposición de las mujeres a ciertas leyes religiosas, normas sociales o rituales de inserción social cuando dicha oposición implique una trasgresión por parte de aquéllas del papel o de la función que socialmente les ha sido asignada.

5.2. *Pertenencia a un «grupo social particular»*

Aunque bajo la categoría «opiniones políticas» puedan ser subsumidas algunas de las persecuciones en las que el sexo femenino es un elemento determinante del modo en que las mismas se llevan a cabo, cabe afirmar que es el supuesto de «pertenencia a un determinado grupo social» la fórmula más adecuada para dar encaje a los actos de violencia contra las mujeres. Y ello por dos motivos:

a) El primero, su carácter abierto o residual

A este respecto, el ACNUR sostiene en sus *Directrices sobre la Protección Internacional relativas a la «Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967»*, que dicho término debe leerse de una manera

²² En estos términos se manifiesta Pablo SANTOLAYA MACHETTI: «Derecho de asilo...», op. cit., p. 575. Igualmente Thomas SPIJKERBOER: *Women and Refugee Status: Beyond the Public/Private Distinction*, Emancipation Council, The Hague, 1994. Así como las *RWLG Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, julio 1998, párrafo 4.16. Previamente, desde 1985, el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados había considerado que las Mutilaciones Genitales Femeninas podrían ser consideradas como una persecución política.

evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución normativa internacional de los derechos humanos.

Por su parte, en la *Propuesta de Directiva del Consejo sobre las normas mínimas relativas a las condiciones que deben cumplir los nacionales de terceros países y los apátridas para poder acceder al estatus de refugiado o de persona que, por otras razones, necesita de una protección internacional, y las relativas al contenido de dicho estatus*, la Comisión Europea establecía que la interpretación del concepto «pertenencia a un grupo social particular» debe ser abordada de un modo amplio e inclusivo, pues dicha noción ha sido deliberadamente elaborada de una manera abierta²³.

De todo ello se deduce que se trata de una categoría residual que puede ser aplicada a motivos de persecución que no pueden ser estrictamente catalogados ni por razón de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas y que, en cualquier caso, ha de ser interpretada de manera amplia²⁴.

- b) El segundo, porque, desde un punto de vista sustantivo, la pertenencia a un determinado grupo social parece ser el motivo, de entre los tasados por la Convención, donde mejor encaja la perspectiva de género

En este sentido, el ACNUR ha sostenido en sus *Directrices sobre la Persecución Internacional* que «un determinado grupo social es un grupo de personas que comparten una característica común distinta al hecho de ser perseguida o que son percibidos como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos. Se considera que el sexo puede incluirse dentro de la categoría de grupo social; las mujeres son un claro ejemplo de un subconjunto social definido por características innatas e inmutables y que con frecuencia son tratadas de manera diferente a los hombres».

En la misma línea, la Comisión Europea en la *Propuesta de Directiva del Consejo* tantas veces citada, dispone que: «El concepto de grupo social incluirá un grupo que pueda definirse en función de ciertas características fundamentales, como la orientación sexual, la edad y sexo, así como grupos de personas que compartan unos antecedentes o unas características comunes tan fundamentales para su identidad o conciencia que no se les pueda exigir la renuncia a su pertenencia; el concepto incluirá asimismo grupos de individuos tratados como «inferiores» a los ojos de la ley»²⁵.

²³ Comentario del Articulado: Artículo 12 c), p. 24.

²⁴ En la jurisprudencia se ha empleado en supuestos muy dispares, así, la Audiencia Nacional española lo ha aplicado a los homosexuales rumanos, a los desertores militares profesionales armenios y a los periodistas argelinos: Sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 1996, 28 de octubre de 1997 y 25 de noviembre de 1997. Véase asimismo jurisprudencia comparada en Pablo SANTOLAYA MACHETTI: «Derecho de asilo...», op. cit., pp. 576 y ss.

²⁵ Comentario del Articulado: artículo 12.

Además, el texto indica que esta noción no concierne únicamente a los grupos reducidos de personas, definidos de una manera estrecha, y ninguna relación de asociación voluntaria ni ninguna cohesión de facto de sus miembros es requerida. La referencia al sexo y a la orientación sexual no implica que ese motivo de persecución concierna necesariamente a todas las mujeres y a todos los homosexuales. Su aplicabilidad dependerá de determinadas circunstancias y situaciones en el país de origen y de las características de la persecución así como de la persona perseguida.

El texto de la Comisión Europea continúa señalando que la interpretación de esta noción debería asimismo permitir la inclusión de los grupos de personas considerados « inferiores » o « de segundo rango » a los ojos de la ley, aquéllos frente a los que es tolerada un tipo de persecución llevada a cabo por individuos privados u otros actores no estatales, o los casos en los que el Estado utiliza la ley de una manera discriminatoria y refuta la invocación de la ley para proteger a tales grupos. Este sería el caso asimismo de los supuestos en los que las mujeres son víctimas de actos de violencia doméstica, incluida la violencia sexual y la mutilación sexual, en aquellos Estados en los que las mujeres no pueden obtener efectiva protección contra dichos abusos debido a su sexo o al estatus social como mujeres casadas, hijas, viudas o solteras, en dicha sociedad particular»²⁶.

La interpretación de la categoría « grupo social » defendida tanto en las Directrices del ACNUR como en la *Propuesta de Directiva* supera ciertos escollos que hasta épocas recientes habían impedido su utilización como categoría genérica aplicable a las solicitudes de asilo con elementos significativos relacionados con el sexo:

- a) En primer lugar, dicha interpretación evolutiva y abierta deja de dotar de una extraordinaria importancia al factor personal o individual de la persecución, lo que impedía la concesión del estatuto en los casos en que la persecución derivaba de la aplicación de normas generales o que afectaban a un gran número de personas que se encontrasen en idéntica situación.
- b) El segundo de los requisitos exigidos con frecuencia por la jurisprudencia europea para permitir la aplicación de esta categoría había sido la necesidad de que el « grupo social » existiese antes y con independencia de la persecución. Si bien la *Propuesta de Directiva* no rechazaba expresamente la exigencia de este requisito, sí que lo hace la *Posición Común sobre la Aplicación armonizada del Término Refugiado* de 1996, a la que la *Propuesta de Directiva* menciona expresamente como uno de sus principios rectores. Así, superando la interpretación restrictiva de la categoría « grupo social », la *Posición Común* dispone: « Un grupo social suele estar compuesto por personas que pertenecen al mismo me-

²⁶ Comentario del Articulado: artículo 12.

dio, que tienen las mismas costumbres o la misma situación social..., también puede darse el caso de que el grupo no exista previamente sino que quede definido por las características que tengan en común las personas que sufran la persecución (...).

El texto final de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004*, asume la interpretación de la *Posición Común* al disponer en su artículo 10. d) que «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 (...)*». Se observa como el texto de la Directiva abandona la exigencia de que el grupo posea unos antecedentes comunes –esto es, exista previamente– bastando con que comparta una característica innata que vincula a sus miembros.

Centrando ahora el análisis en los supuestos de Mutilación Genital Femenina, es importante señalar que la *Propuesta de Directiva*, refiriéndose a esta práctica como un modo específico de persecución contra las mujeres, afirma que «en todo caso, los actos de violencia sexual contra las mujeres refugiadas, como la mutilación genital femenina, les pueden ser practicados única y exclusivamente por razón de su género. En tales situaciones, entre las causas de persecución previstas por la Convención, la «pertenencia a un determinado grupo social» puede ser aplicable para reconocer a estas mujeres como refugiadas»²⁷.

De manera que, como han declarado también por algunos tribunales, las mujeres o niñas que corren el riesgo de ser mutiladas pueden integrar un determinado grupo social, siendo reconocido el sexo como una característica innata que puede unir a sus miembros. A este respecto merece la pena resaltar el caso *Re Fauziya Kasinga* de 13 de junio de 1996, en el que se admitió que forman un grupo social las mujeres jóvenes, miembros de una determinada tribu sometidas a mutilación sexual. En dicho pronunciamiento el Board of Immigration Appeals norteamericano describió el grupo social como compuesto por «jóvenes de la Tribu Tchamba-Kunsuntu (Togo) a las que no se ha practicado la mutilación genital, tal como se realiza en su tribu y que se oponen a la práctica (...) ya que las características de joven y miembro de la tribu no pueden modificarse y la de conservar intactos los órganos genitales es tan fundamental para la identidad de la mujer que no debería requerírsele que la cambiara»²⁸.

En España, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de seis de octubre de 2006, ha declarado el derecho a que la solicitud de asilo de una mujer nigeriana que sufría el riesgo de que se le practicase la ablación del clítoris fuese admitida a trámite afirmando que, «dada la generalización de la reprochable práctica de la ablación genital en Nigeria y la indefensión en la que se hallan las mujeres frente a la misma, concurre un fundado temor a sufrir persecución cuando se

²⁷ Comentario del Articulado: artículo 7.

²⁸ *Matter of Kasinga* Int. Dec. 3278 (BIA 1996) (USA).

teme sufrir un atentado contra su integridad física –mutilación genital– por razón de su pertenencia a un determinado grupo social –las mujeres–».

VI. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL ADECUADO EN LOS SUPUESTOS DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

De lo expuesto se deduce que la idoneidad de la Convención de Ginebra de 1951 como instrumento de protección internacional adecuado en los supuestos de Mutilación Genital Femenina puede sustentarse en los siguientes argumentos:

1. Por lo que respecta a la causa de persecución, el riesgo de sufrir Mutilación Genital Femenina encajarían en alguna de las siguientes categorías de la Convención:

- a) **Las «opiniones políticas»:** en los supuestos en que, atendidas las condiciones sociales concretas, la oposición a dicha práctica pueda ser considerada constitutiva de un acto de desobediencia por parte de la mujer a las normas culturales del grupo. Pues la adopción de una interpretación de los términos de la Convención sensible al reconocimiento de la naturaleza política de los aparentes actos «privados» que conllevan un daño de tal envergadura para la mujer, responde a una aplicación auténticamente igualitaria de sus preceptos.
- b) **La pertenencia a un determinado «grupo social»:** en la mayor parte de los casos, habida cuenta que este supuesto específico de violencia contra la mujer es practicado única y exclusivamente en razón de su sexo.

2. Atendiendo ahora al *agente de la persecución*, hay voces que apelan a que esta modalidad de violencia contra la mujer no debe ser amparada por la Convención de Ginebra en la medida en que normalmente no es llevada a cabo por las autoridades públicas del país de origen, siendo las propias familias las que la promueven y personas privadas las que la ejecutan. En contra de esta postura cabe argumentar que la tendencia a propugnar una interpretación generosa con el término «persecución por terceros» es la imperante en la actualidad a nivel tanto jurisprudencial como normativo.

PROBLEMAS
ACTUALES