

La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional

Carmen Miguel Juan
The AIRE Centre

SUMARIO: I. Introducción.- II. Marco legislativo Internacional, Europeo y en España.- III. Tratamiento de la mutilación genital femenina en la práctica administrativa y la jurisprudencia en España.- IV. La mutilación genital femenina en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- V. Principales obstáculos para el reconocimiento como refugiada ante el temor de sufrir mutilación genital y algunas propuestas para superar dichos obstáculos.

I. Introducción

El instrumento jurídico internacional que constituye la piedra angular en materia de asilo es la *Convención de Ginebra sobre los Refugiados* (en adelante CG) de 1951¹. En su artículo 1 A (2) se define lo que es una persona refugiada del siguiente modo:

A los efectos de la presente Convención, el término refugiado se aplicará a toda persona: 2) que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

De dicha definición se deduce que no todo tipo de persecución legitimará la aplicación de la CG sino únicamente en los casos en los que la persecución sea por uno de los motivos previstos, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Entre estos motivos no figura la persecución por motivos de género.

Pese a no estar expresamente prevista la persecución por motivos de género dentro de la CG, en la actualidad es mayoritariamente aceptado que la misma tiene cabida dentro de dicho instrumento como un tipo de persecución por pertenencia a un determinado grupo social y/o como motivos políticos, aunque éste último en menor medida, reinterpretando la misma de conformidad con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y desde una perspectiva de género.

La persecución por motivos de género empieza a plantarse en los años 80 durante la primera década de Naciones Unidas para las Mujeres cuando se produjo un crecimiento de los movimientos de mujeres en defensa de los derechos humanos de

¹ La Convención de Ginebra fue adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas celebrada en Naciones Unidas en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951. Se abrió a la firma el 28 de julio y entró en vigor el 22 de abril de 1954. No fue ratificada por España, junto con el Protocolo de Nueva York de 1967 hasta 1978. Por medio del Protocolo de Nueva York de 4 de octubre de 1967, la CG amplía su ámbito de actuación ya que deja de aplicarse únicamente por hechos acaecidos en Europa antes del 1 de enero de 1951, es decir, con la promulgación y entrada en vigor del Protocolo desaparecen las limitaciones temporales así como las geográficas que la propia CG establecía. BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978.

éstas. Es en dicha década cuando empieza a hablarse de la “*feminización de la experiencia de los refugiados*.”

II. Marco legislativo Internacional, Europeo y en España

En primer lugar, es necesario recordar la existencia de numerosos instrumentos internacionales que prohíben la discriminación por razones de sexo, que condenan la violencia de género, entre ellas la mutilación genital femenina, y todas las Conferencias de Mujeres promoviendo, entre otros, la erradicación de esta práctica.

Por ejemplo, en 1979 se adoptó la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*², en donde por primera vez se define la “discriminación contra la mujer”.³

La *Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 1993*⁴, en su párrafo 18 establece que:

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (...) La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas.

También del mismo año es la *Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Violencia contra la Mujer 1993*⁵ en cuyo artículo 1 se establece lo que debe entenderse por “violencia contra la mujer” y, en su artículo 2, enumera alguno de estos actos de violencia sin que dicha enumeración sea taxativa, incluyendo entre ellos la mutilación genital femenina.

La *Convención sobre los Derechos del Niño*⁶, en su artículo 24.3 establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁷, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR), la Organización Mundial de la Salud, UNICEF, UNIFEM, UNESCO, la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Comisión Económica para África de Naciones Unidas, entre otras organizaciones, han calificado la mutilación genital femenina como tortura y trato inhumano o degradante.⁸

El 20 de Diciembre de 2001, por una Resolución del Parlamento Europeo⁹ sobre mutilación genital femenina se insta a la Comisión Europea, al Consejo de Europa así como a los Estados miembros a que tomen medidas para la protección de las víctimas de esta práctica y se les reconozca el derecho de asilo a las mujeres y niñas que están en riesgo de ser sometidas a la misma.

² A/RES/34/180, de 18 de Diciembre de 1979.

³ En su artículo 1 se define la discriminación contra la mujer como “*Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.*”

⁴ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-25 Junio de 1993, Viena, Austria.

⁵ A/RES/48/104, de 23 de Febrero de 1994.

⁶ A/RES/44/25, de 20 de Noviembre de 1989.

⁷ Resolución 1247 (2001).

⁸ OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, (2008) *Eliminating Female Genital Mutilation, An Interagency Statement*, (on line) Disponible en <http://www.who.int/reproductive-health/fgm/> (acceso 11 de octubre de 2008)

⁹ Resolución sobre Mutilación Genital Femenina (2001/2035 (INI)), de 20 de Septiembre de 2001.

Por su parte el ACNUR, desde mediados de los años ochenta, viene recomendando a los Estados que tengan en cuenta la experiencia de las mujeres en los procedimientos para determinar la condición de refugiada y que los Estados dicten directrices interpretativas para introducir la perspectiva de género en estos procesos y para interpretar la CG con sensibilidad de género, o bien que reconozcan la persecución por motivos de género dentro de las legislaciones nacionales.¹⁰

En el 2000, European Women's Lobby inició una campaña anual sobre *Mujeres Solicitantes de Asilo*, para subrayar las formas de persecución a las que normalmente son sometidas las mujeres que requerían un expreso reconocimiento legal, entre ellas, la mutilación genital femenina.

El ACNUR en 2002 publica *las Directrices sobre Protección Internacional: La Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiado y/o su Protocolo de 1967*.¹¹ Dicho documento, por un lado establece que “*Las solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores y costumbres morales, y discriminación contra los homosexuales*” y define todas estas formas de violencia como persecución.¹²

También se define un determinado grupo social como “*un grupo de personas que comparten una característica común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos. Por consiguiente, el sexo puede ser subsumido en la categoría de ‘grupo social’, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de los hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países.*”

En el ámbito europeo, la Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004 por la que se establecen las 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, en su artículo 6 reconoce que el agente de persecución puede ser un agente no estatal siempre que “*El Estado o partidos y organizaciones internacionales que controlen el Estado o una parte de él, no pueden o no quieren proporcionar protección.*” Asimismo, en su artículo 9 reconoce entre los actos de persecución los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de

¹⁰ En 1985 el Comité Ejecutivo del ACNUR adoptó la primera Conclusión sobre *Mujeres Refugiadas y Protección Internacional*, Conclusión N° 39 en la que “Reconoció que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, eran libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo que se enfrentan a tratos crueles e inhumanos debido a haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, podían ser consideradas como un ‘determinado grupo social’ según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.”

¹¹ HCR/GIP/02/01, de 7 de Mayo de 2002. También hay que tener en cuenta las *Directrices sobre Protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. HCR/GIP/02/02, de 7 de Mayo de 2002. Ambos documentos no son vinculantes.

¹² También establece en el párrafo 11 que “*Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ejemplo la mutilación genital femenina), también podría ser sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución. El hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiada de la persona.*”

violencia sexual y establece que podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de las personas al tratar las características que pueden configurar un grupo social dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social.

El Parlamento Europeo por medio de una Resolución de 2 de Febrero de 2006¹³ determina que, aunque no se menciona expresamente a la mutilación genital femenina en dicha Directiva, dicha práctica quedaría incluida dentro de los actos de violencia sexual.

En España se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad entre mujeres y hombres*¹⁴ la cual, en su Disposición Adicional vigésimo novena, modifica el Art. 3 ley de asilo¹⁵ que reproduce el artículo 1A (2) de la CG, para incluir dentro de la definición de persona refugiada a “*mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a tener temores fundados de sufrir persecución por motivos de género*”.

III. Tratamiento de la mutilación genital femenina en la práctica administrativa y la jurisprudencia en España

Una vez analizado el marco legal aplicable en el ámbito Internacional, Europeo y español vamos a ver cómo es interpretado y aplicado por los órganos administrativos y judiciales que tienen competencia para decidir sobre las peticiones de asilo.

Antes es necesario exponer qué órganos son competentes para tomar estas decisiones. En el procedimiento administrativo español de asilo, la Oficina de Asilo y Refugio (en adelante OAR), tiene competencia para instruir y elevar propuestas de resolución al Ministro de Justicia e Interior y es éste quien tiene competencia para resolver los expedientes.¹⁶

El procedimiento de asilo español tiene dos fases. En la primera de ellas, se decide si se admite o no a trámite una solicitud de asilo. Entre las causas previstas para inadmitir a trámite una petición de asilo, el artículo 5.6 b) de la Ley de Asilo establece “*Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de las condición de refugiado.*” La OAR no siempre ha reconocido la mutilación genital femenina como un tipo de persecución de las previstas en la CG, por ello en algunos casos, ha inadmitido a trámite este tipo de peticiones, obligando a los solicitantes a interponer recursos judiciales contra las inadmisiones a trámite.¹⁷ En el

¹³ Resolución sobre la actual situación de la violencia contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220 (INI)), de 2 de Febrero de 2006.

¹⁴ BOE núm. 71, de 23 de Marzo de 2007.

¹⁵ Ley 5/1984, de 26 de Marzo, *reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado* (BOE núm. 74, de 27 de Marzo de 1984) modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo (BOE núm. 122, de 23 de Mayo) y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo –Disposición Adicional vigésima novena (BOE núm. 71, de 23 de marzo); Otra normativa española: Artículo 13.4 de la *Constitución Española* y Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el *Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984*, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2 de Marzo de 1995) en su redacción dada por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE núm. 174, de 21 de julio), por el Real Decreto 865/2001, de 20 de Julio (BOE núm. 174, de 21 de julio), por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre (BOE núm. 256, de 25 de octubre) y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

¹⁶ Artículo 3 y 27 del Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero.

¹⁷ No se disponen datos relativos a la admisión a trámite de peticiones de asilo realizadas por mujeres que han huido de sus países por oponerse a la mutilación genital femenina tras la entrada en vigor de la Ley *para la igualdad entre mujeres y hombres*. Por lo tanto, se desconoce cuál es la práctica administrativa

Informe presentado por España a la reunión de CIREA de 7-8 de diciembre de 1998, sobre persecución relacionada con el sexo en relación con la mutilación genital femenina se establece, siguiendo a Santolaya (2000: 588), que “Tampoco se consideran, por lo general motivo suficiente para la concesión de asilo en España la alegación de la existencia de este tipo de prácticas, en la medida en que no suelen reflejar una específica intención de perseguir a las mujeres, sino que son el resultado de creencias culturales o religiosas ampliamente aceptadas en el contexto en el que se practican.”¹⁸

El órgano judicial competente para conocer de los recursos contra las decisiones de la OAR de inadmitir a trámite una petición de asilo, era la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional hasta que, por medio de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre de *modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial*¹⁹, dicha competencia se atribuyó a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo. Contra las sentencias de este órgano cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.²⁰

La competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones del Ministro denegando el derecho de asilo y la condición de refugiada corresponde a las Salas Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional²¹ y, contra las decisiones de la Audiencia Nacional, puede interponerse recurso de casación ante las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.²²

Una vez expuesto los órganos competentes, ya podemos pasar al análisis de la interpretación que éstos realizan del marco legislativo aplicable y, en particular, de la mutilación genital femenina en el marco de la legislación de asilo. Para ello se han analizado siete sentencias dictadas entre los años 2001 y 2008. En todos los casos las recurrentes son nacionales de Nigeria. De las siete sentencias estudiadas, tres resuelven recursos contra las decisiones la OAR de inadmitir a trámite las peticiones de asilo y cuatro resuelven recursos contra decisiones del Ministerio de Interior de denegar el derecho de asilo y la condición de refugiada.

Por lo que se refiere a los casos de inadmisión a trámite, dos de las tres sentencias estudiadas han sido dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo

actual. Con el actual marco legislativo sería más difícil inadmitir a trámite una petición de asilo de este tipo.

¹⁸ Este informe es restringido pero aparece mencionado en el artículo de Pablo Santolaya Machetti. Dicho informe sigue indicando que “No obstante, como es a todas luces evidente que estas prácticas suponen malos tratos físicos y psíquicos, se concede una residencia en España por motivos humanitarios para las personas sobre las que existe temor fundado de que sean sometidas a ellas si regresan a su país.” Pese a lo dispuesto en este informe, en los casos estudiados para la elaboración de esta comunicación, no se concedió dicho permiso de residencia en fase administrativa. Sólo en un caso se concedió vía judicial.

¹⁹ BOE núm. 309, de 26 de Diciembre de 2003.

²⁰ Artículo 11.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. BOE núm. 167 de 14 de Julio de 1998.

²¹ Artículo 66 a) de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de Julio, *del Poder Judicial*. BOE núm. 157, de 2 de Julio de 1985.

²² Artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, *reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. BOE núm. 167, de 14 de Julio de 1998. Las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo eran igualmente competente para conocer de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictadas al resolver recursos contra las decisiones de la OAR de inadmisión a trámite de una petición de asilo antes de que dicha competencia se atribuyera al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

de la Audiencia Nacional²³ y la tercera por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo N° 5.²⁴

En los tres casos de inadmisión a trámite, la OAR considera que la mutilación genital femenina no es una causa prevista CG y, por lo tanto, inadmite a trámite las peticiones de asilo al amparo del artículo 5.6 b) de la Ley 5/1984 anteriormente mencionado que prevé tal posibilidad en aquellos casos en que no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiada.²⁵ En dos casos, la OAR toma esta decisión pese que el ACNUR emite informe manifestando su criterio favorable a la admisión a trámite de conformidad con sus *Directrices de protección internacional*.²⁶ En el tercer caso, no se dispone de información sobre el informe del ACNUR ya que no se menciona en la sentencia. Por el contrario, tanto la Audiencia Nacional como el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, considera que la mutilación genital femenina, a) es una persecución personal que atenta contra el derecho a la vida e integridad física de las mujeres; b) es una forma de violencia específicamente dirigida contra las mujeres; c) que pese a que la persecución por motivos de género no está prevista expresamente en la CG, se encuadra dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social; d) que tanto la mutilación genital femenina como el matrimonio forzoso son formas de discriminación y de violencia sexual que constituyen mecanismos de persecución, independientemente de que el agente de persecución sea estatal o particular; y e) que el Estado es responsable cuando la persecución se produce por parte de agentes no estatales si el Estado tolera esta práctica, o se niega o es incapaz de proporcionar protección. Por ello, en todas ellas, se estima el recurso interpuesto disponiendo la procedencia de admitir a trámite dichas petición de asilo.

Por lo tanto, el criterio tanto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional como del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo cuando resuelven recursos contra la inadmisión a trámite decretada por la OAR es claro al considerar, sin ningún lugar a dudas, que la mutilación genital femenina es un tipo de persecución subsumible dentro de la Convención de Ginebra y que, por lo tanto, no procede declarar inadmisibles una petición de asilo sin más cuando se alega como causa de persecución el temor a ser sometida a la mutilación genital femenina.

Una vez superados los obstáculos durante esta primera fase, habrá que afrontar nuevas dificultades para ser reconocida como refugiada, tal y como se demuestra con las conclusiones extraídas de las cuatro sentencias analizadas a continuación que resuelven recursos interpuestos contra las decisiones del Ministro de Interior en las que se deniega la condición de refugiada, o recursos contra sentencias de la Audiencia Nacional confirmando la procedencia de la denegación de la condición de refugiada en fase administrativa. Tres de las sentencias son de las Salas de lo Contencioso Administrativo

²³ Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 1ª de 12 de Diciembre de 2002 y de 17 de Marzo de 2004.

²⁴ Sentencia de 10 de Octubre de 2006.

²⁵ Dicha información se extrae del propio texto de las sentencias puesto que no se dispone de las decisiones de la Oficina de Asilo y Refugio.

²⁶ De conformidad con la legislación española de asilo, el ACNUR puede emitir informe expresando su criterio sobre la admisión o inadmisión a trámite de una petición de asilo tanto en el procedimiento en frontera (Artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, *reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado*) como en el procedimiento en territorio (Artículo 17.1 del Decreto 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, *reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado*).

de la Audiencia Nacional²⁷ y la cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.²⁸

En tres de las cuatro sentencias no se cuestiona que la mutilación genital femenina sea un tipo de persecución que tenga cabida dentro de la Convención de Ginebra siguiendo con el criterio establecido por la misma Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo al resolver recursos contra resoluciones de inadmisión a trámite de la OAR. Sin embargo, en una de ellas, la dictada por la Sección 3ª de 10 de Febrero de 2004, se sigue sosteniendo que la mutilación genital femenina no es un motivo para solicitar asilo pese a que la Sección 1ª ya había reconocido lo contrario en la sentencia de 12 de Diciembre de 2002 y pese a que ya se habían publicado por el ACNUR las *Directrices de Protección Internacional sobre Persecución por Motivos de Género*.

Pese a no poner en duda, con la salvedad expuesta en el párrafo anterior, que la mutilación genital femenina tiene cabida dentro del tipo de persecuciones protegidas por la Convención de Ginebra, en todas ellas se desestiman los recursos interpuestos y, por tanto, todas ellas confirman la procedencia de denegar el estatuto de refugiada. Los motivos son: a) no acreditar la identidad por carecer de documentos como el pasaporte; b) falta de credibilidad; c) persecución por parte de “*elementos de las sociedad*” en lugar de agentes estatales y considerar que podía haberse pedido protección a las autoridades estatales; d) haberse prohibido la mutilación genital femenina por ley. No se tiene en cuenta que pese a que en algunos Estados de Nigeria la mutilación genital femenina está prohibida legalmente ello no impide que se siga practicando; y e) considerar que existe una alternativa de huida interna.

Sin embargo, en la sentencia de 24 de marzo de 2006, se denegó la condición de refugiada a la recurrente pero se le concedió protección subsidiaria al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo. Dicho artículo establece que: “(...) *por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley.*”

La protección otorgada por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo es conocida como protección subsidiaria. La protección subsidiaria está definida en la *Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004 por la que se establecen las 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*. Dentro del Capítulo V, al regular los requisitos para obtener protección subsidiaria, el artículo 15 b) establece que se considerará “*daño grave (...) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en el país de origen.*” Esta protección contra la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes se puede igualmente obtener por medio del artículo 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*²⁹, interponiendo una

²⁷ Sentencias de la Audiencia Nacional de 9 de Febrero de 2001, 10 de Febrero de 2004 y 24 de Marzo de 2006.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 2008. Esta es la más reciente de todas las sentencias analizadas.

²⁹ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien como requisito de admisibilidad, deben haberse agotado los recursos internos.

En este caso, la demandante huyó del país tras ser sometida a la mutilación genital femenina para no casarse con un hombre elegido por su padre. Su deseo era tener una relación de pareja en España, tener hijos o hijas y, en el caso de ser hijas, que éstas no fueran sometidas a dicha práctica. La Audiencia Nacional determina que el artículo 17.2 de la Ley de Asilo tiene aplicación en aquellas situaciones en las que “*se den circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país.*” Y considera que: “*Es obvio que si la demandante volviera a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos incompreensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, acreditada en autos. Ello justifica que le sea admitido el derecho a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería, con estimación parcial del recurso.*”

De especial importancia es el voto particular emitido por la Magistrada Isabel Perelló Domench. Ésta considera que: a) la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de la Convención de Ginebra si ésta se interpreta desde una perspectiva de género de conformidad con las *Directrices de Protección Internacional sobre Persecución por Motivos de Género* del ACNUR; b) que este tipo de casos pueden subsumirse dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social considerando a las mujeres un grupo social por poseer una característica innata común como el sexo; y c) deben incluirse como persecución los actos de violencia sexual, tales como la violencia doméstica, la mutilación genital femenina y trasgresión de códigos de conducta. Por todas estas razones considera que debe concederse a la recurrente el estatuto de refugiada y no protección subsidiaria, recogiendo todos los argumentos de la defensa.

Esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo pese a reconocer la necesidad de protección internacional de la recurrente por considerarla discriminatoria por cuanto el estatuto de protección subsidiaria implica un estatuto con un menor reconocimiento de derechos que el estatuto de refugiada en España.³⁰ En un futuro, dentro de la segunda

³⁰ Es discriminatoria por los siguientes motivos: a) La *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el Derecho a la Reagrupación familiar*, en su capítulo V establece un régimen “privilegiado” para la reagrupación familiar de refugiados, régimen que no es aplicable a las personas que se les ha reconocido protección subsidiaria; b) Por otro lado, las personas reconocidas como refugiadas están exentas de aportar todos aquellos documentos que deban solicitar a su país de origen y que les sea imposible aportar en virtud del *Convenio sobre Cooperación Internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados* suscrito en Basilea en 3 de septiembre de 1.985 y ratificado por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1.987 (BOE núm. 139 de 11 de junio de 1987); y c) La *Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004 por la que se establecen las 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* atribuye diferentes derechos a las personas reconocidas como refugiadas y a los beneficiarios de protección subsidiaria. Así por ejemplo, en su artículo 28 y 29 prevé la posibilidad de limitar la asistencia social y la asistencia sanitaria concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. El permiso de residencia para el caso de refugiado tiene una duración de tres años, renovable (Artículo 24) y en el caso de protección subsidiaria, el permiso de residencia es de un año, renovable (Artículo 25). Al amparo del Artículo 25, a los refugiados se les expide un documento de viaje y para que se expida este mismo documento a los beneficiarios de protección subsidiaria se debe acreditar que existen razones humanitarias graves por las que se requiera viajar a otro país. De conformidad con el artículo 26, al refugiado se le autoriza a trabajar por cuenta ajena o propia sin limitaciones y en el caso de beneficiarios de protección subsidiaria, esta autorización puede condicionarse a la situación nacional de empleo. Y finalmente, al amparo del artículo 26.4 y 33 de dicha Directiva, los Estados pueden limitar el

fase del *Sistema Común de Asilo Europeo* en el que se pretende crear a nivel europeo un procedimiento de asilo común y un único estatuto de protección con igualdad de derechos, quizá la situación cambie y deje de ser discriminatorio para las mujeres si éstas son reconocidas como beneficiarias de protección subsidiaria en lugar de ser reconocidas como refugiadas.³¹ Mientras los estatutos de refugiada y de beneficiarias de protección subsidiaria impliquen diferente reconocimiento de derechos, incluso en el caso de que la mutilación genital femenina se considere tortura o pena o trato inhumano o degradante, y por lo tanto amparable bajo el artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004, la protección concedida no gozará de las mismas garantías de que gozaría si se considerara dicha práctica como persecución en el sentido previsto en la Convención de Ginebra.

Del análisis de esta jurisprudencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) cierta reticencia mostrada por parte de la OAR en algunos casos a admitir a trámite peticiones de asilo basadas en el temor fundado de ser sometida a la mutilación genital femenina;³² b) práctica unánimidad por parte de los órganos judiciales a la hora de considerar que la mutilación genital femenina es una forma de persecución que tiene cabida dentro de la CG y que, por tanto, una automática decisión de inadmitir a trámite una petición de asilo en la que se alega esta práctica como forma de persecución no es ajustada a derecho; c) inexistencia de resolución administrativa en la que se reconozca la condición de refugiada por tener un temor fundado a ser sometida a la mutilación genital femenina, d) inexistencia de resolución judicial en este mismo sentido. Al resolver recursos sobre el fondo del asunto, sobre la procedencia de reconocer o no el estatuto de refugiada, pese a que en la mayoría de las sentencias se ha dejado de cuestionar que la mutilación genital femenina es un tipo de persecución que tiene amparo bajo la Convención de Ginebra, se sigue interpretando la legislación de modo restrictivo impidiendo de este modo el reconocimiento como refugiadas de las mujeres que piden asilo por huir de sus países para no verse sometidas a dicha práctica.

IV. La mutilación genital femenina en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El procedimiento ante el TEDH tiene dos fases. En la primera fase se analizará por el Tribunal si se cumplen con todos los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 35 de Convenio Europeo de Derechos Humanos.³³ Si no se supera esta fase, se dictará una resolución de inadmisibilidad. Si por el contrario se considera que se dan todos los requisitos para admitir una demanda a trámite, así se hará y, tras los trámites pertinentes, se dictará sentencia manifestando si existe o no violación del artículo de la Convención invocado.³⁴

acceso de los beneficiarios de protección subsidiaria a la formación ocupacional, formación profesional y trabajo en prácticas y el acceso a programas de integración.

³¹ Comisión Europea, *Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo*, COM (2007) 301 final, de 6 de Junio de 2007 y *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Policy Plan on Asylum an integrated approach to protection across the EU*, de 17 de junio de 2008.

³² Ya se ha expuesto anteriormente que se carecen de datos sobre la admisión a trámite de este tipo de peticiones tras la entrada en vigor de la *Ley de Igualdad entre mujeres y hombres* y, por lo tanto, la presente afirmación se realiza siendo consciente de que la situación actual pudiera haber cambiado.

³³ En el artículo 35.2.3 se establece la posibilidad de declarar inadmisibles una demanda individual cuando la estime incompatible con las disposiciones de la Convención o manifiestamente mal fundada o abusiva.

³⁴ Salvo en aquellos supuestos en los que al amparo del artículo 38 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se archive la demanda por algunas de las razones previstas en este artículo o por haber llegado a un acuerdo amistoso entre las partes, al amparo del artículo 39 del mismo texto legal.

No se ha encontrado ninguna sentencia en la que el TEDH haya sostenido que la devolución de la recurrente a un país en donde puede ser sometida a la mutilación genital femenina constituya una violación del artículo 3 del Convenio, artículo que prohíbe la tortura o pena o trato inhumano o degradante. Se han encontrado tres casos en los que, por parte de las recurrentes, se alegó una presunta violación de su derecho a no ser sometida a un trato contrario al artículo 3, en supuestos de mujeres solicitantes de asilo en Suecia por sufrir temor de ser sometidas a la mutilación genital femenina o por temor de que sus hijas fueran sometidas a dicha práctica, cuyas peticiones de asilo fueron rechazadas por los tribunales nacionales en todas sus instancias. En los tres casos, el TEDH declaró las demandas inadmisibles, sin embargo, en todas ellas, el Tribunal ordenó al Estado demandado paralizar la expulsión de las recurrentes, indicando medidas cautelares.³⁵ Para que el TEDH acuerde indicar medidas cautelares se deben cumplir con los siguientes requisitos: a) tratarse de un caso excepcional y urgente; b) que exista la posibilidad de causar un daño inminente e irreparable; y c) que este daño tenga un grado mínimo de severidad y, a su vez, exista un alto grado de probabilidad de que se produzca. (Mole: 2007)

El TEDH consideró que se daban estos tres requisitos en los tres casos.

En *Agbotain y otra v. Suecia*³⁶ la solicitante, nacional de Nigeria, alegaba que en caso de ser deportada, su hija, nacida en Suecia, sería mutilada genitualmente. Suecia le denegó la condición de refugiada por considerar que los problemas de la recurrente eran de naturaleza privada y podían ser resueltos por las autoridades nigerianas. Otro de los argumentos utilizados para denegar la condición de refugiada fue estar prohibida por ley dicha práctica en el Estado nigeriano de procedencia. El TEDH declaró inadmisibile la demanda y la archivó por cuanto Suecia, tras la interposición de la demanda ante el TEDH y tras haber indicado éstas medidas cautelares, concedió a la recurrente un permiso de residencia. Por lo tanto, el TEDH no tuvo la oportunidad de analizar la cuestión de fondo planteada.

En *Collins y otra v. Suecia*³⁷, la recurrente huyó de Nigeria embarazada y solicitó asilo en Suecia en donde nació su primera hija. Manifestó que su hermana murió por complicaciones tras habersele practicado la mutilación genital después de dar a luz y que ella tenía miedo de ser igualmente sometida a dicha práctica tras nacer su hija. Igualmente alegaba el temor de que su hija fuera sometida a dicha práctica en caso de ser expulsadas. Posteriormente tuvo otra hija quien sufría el mismo riesgo. El TEDH en esta decisión establece que: *“No cabe ninguna duda de que someter a una mujer a la mutilación genital femenina equivale a un trato contrario al artículo 3 de la Convención. Tampoco cabe ninguna duda de que las mujeres en Nigeria han sido tradicionalmente sometidas a esta práctica y que, hasta cierto punto, todavía lo están.”* Sin embargo, el TEDH declaró inadmisibile la demanda por cuestiones de credibilidad.³⁸

En *Lunguli v. Suecia*³⁹ la solicitante, nacional de Tanzania, huyó de su país para que no se la mutilara genitualmente. Sus dos hermanas ya habían sido sometidas a dicha práctica cuando ella escapó. Llegó a Suecia en donde pidió asilo pero le fue denegada la condición de refugiada por considerar que a los diecisiete años ya no existía ningún riesgo de que se le practicara la mutilación. Tras la interposición de la demanda ante el

³⁵ La posibilidad de indicar medidas cautelares está prevista en la Regla 39.1 de las Reglas de Procedimiento del TEDH.

³⁶ Decisión de Inadmisibilidad de 1 de febrero de 2007.

³⁷ Decisión de Inadmisibilidad de 8 de marzo de 2007

³⁸ En un principio, la recurrente manifestó no haber sido mutilada antes de salir de Nigeria y posteriormente cambió su declaración diciendo que sí lo había sido pero que tenía temores de ser sometida a una nueva mutilación más severa.

³⁹ Decisión de Inadmisibilidad de 1 de julio de 2003.

TEDH y la indicación por parte de éste de medidas cautelares, Suecia concedió a la recurrente un permiso de residencia y el Tribunal declaró la demanda inadmisibile y el archivo.

De lo anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) Inexistencia de sentencias del TEDH que declaren una violación del artículo 3 en caso de ser devuelta a un país en donde se corre el riesgo de ser sometida a mutilación genital.
- b) Pese a ello, es claro que el TEDH considera a la mutilación genital femenina como trato contrario al artículo 3 del Convenio.
- c) Por ello, el TEDH ha considerado que existe un riesgo inminente de sufrir un daño irreparable y, en los tres casos, indica como medida cautelar paralizar la expulsión.
- d) La solicitud dirigida al TEDH de que indique una medida cautelar y la interposición de una demanda puede presionar al Estado demandado para que documente a la solicitante y no ejecute, por tanto, una orden de expulsión.

V. Principales obstáculos para el reconocimiento como refugiada ante el temor de sufrir mutilación genital y algunas propuestas para superar dichos obstáculos

Tras el análisis de la jurisprudencia anterior, estamos en condiciones de destacar cuáles son los principales obstáculos que se presentan para reconocer a las mujeres perseguidas por motivos de género como refugiadas, en particular, por oponerse a la mutilación genital femenina y plantear algunas propuestas para superar estos obstáculos.

En primer lugar, por lo que respecta al concepto de persecución, el principal problema es que el daño inflingido a las mujeres, en este caso, la mutilación genital femenina, en muchos casos, no se considera persecución pues se entiende que, o bien es requerido por la cultura, la religión o se trata de algo personal que sucede en el ámbito privado y no vinculado con ninguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra. El daño sufrido por las mujeres no es considerado persecución simplemente porque es diferente a la forma en que normalmente son perseguidos los hombres y éste ha sido el modelo a seguir. El daño normalmente experimentado por las mujeres también se produce en un ámbito diferente, el privado, frente al sufrido por los hombres en el ámbito público, y por un agente de persecución también diferente ya que normalmente las mujeres serán perseguidas por un agente no estatal (esposo, familia y/o comunidad) mientras que los hombres serán perseguidos, en mayor medida, por un agente estatal.

Aplicando el modelo masculino de persecución como paradigma con su pretendida neutralidad tanto a hombres como a mujeres, no se tiene en cuenta las particularidades de las experiencias persecutorias de las mujeres. No tener en cuenta la experiencia de las mujeres supone someterlas a lo que Farrel (1998:17) denomina el “silencio jurídico-legal, el silencio como imposición injusta, el silencio como una forma de opresión.”⁴⁰

Según Mackinon (1995: 288, 300, 428)

⁴⁰ Continúa Farrel (1998: 17) poniendo de manifiesto que “Este silencio está íntimamente ligado con la organización de nuestra sociedad, de sus actitudes desde y hacia ciertos miembros o grupos dentro de dicha sociedad. A menudo tiene una estricta relación con el poder. Nuestra sociedad es patriarcal y las relaciones de poder se configuran situando a las mujeres en una posición de inferioridad y subordinación respecto de los hombres y por este motivo son silenciadas en la legislación”, en este caso, en la que regula el derecho de asilo.

La pretensión de universalidad del derecho ha anulado la dualidad masculino-femenino, desoyendo y silenciando todo lo femenino y haciendo prevalecer todo planteamiento masculino como algo imparcial, objetivo y abstracto que es igualmente aplicable por ser supuestamente neutro tanto a hombres como a mujeres. Se ha impuesto el aparente silencio de género de las leyes, pero este silencio no es tal. El Estado y la ley, como forma particular de expresión del Estado, son masculinas: la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. El Estado, a través de la ley, institucionaliza el poder masculino sobre las mujeres institucionalizando en la ley el punto de vista masculino (...) En las sociedades de supremacía masculina, el punto de vista masculino domina en la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina el mundo, no parece en absoluto un punto de vista.⁴¹

Debe perseguirse una configuración jurídica de la igualdad que no se resuelva en la asimilación jurídica de las mujeres, que no tome como parámetro al sujeto masculino sino más bien que se considere la igualdad jurídica como la universalidad de los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 1999)

La propuesta a este respecto es considerar que el daño sufrido prototípicamente por las mujeres, en este caso, la mutilación genital femenina, es un daño con entidad suficiente para ser considerado persecución en el sentido de la CG o como tortura como requisito de la protección subsidiaria, siempre que éste último estatuto reconozca el mismo grado de derechos que el estatuto de refugiada. Dentro de los supuestos de mutilación genital femenina como persecución deberían incluirse no sólo los casos en los que se huye del país de origen para que no se practique la mutilación, sino también aquellos casos en los que se solicita asilo para que no se practique a las hijas de la solicitante (Rice, 2004) o aquellos casos en que la mutilación ya se ha producido pero existe riesgo de sufrir una nueva mutilación más grave, o incluso cuando este riesgo no exista por considerar que se trata de una persecución pasada con secuelas permanentes y continuas derivada de haber extirpado permanentemente una parte del cuerpo de la mujer que le priva del disfrute sexual y la avoca a constantes problemas médicos (Frydman y Seelnger, 2008). También debería concederse protección teniendo en cuenta el ostracismo que puede sufrir una mujer que, pese a haber sido ya mutilada, se opone a dicha práctica, ha huido de su país y ha solicitado asilo en otro país.⁴²

⁴¹ En palabras de Amalia Valcárcel (200:158) “El orden patriarcal confunde, adrede y con pésimos resultados, persona con varón.” Esta misma idea es expresada por Añón (2001: 21) cuando afirma que “En tanto que las aspiraciones y necesidades de los hombres constituyen la norma, las de las mujeres aparecen como casos particulares o excepcionales.”

⁴² En Estados Unidos, pese a que la jurisprudencia no es unánime, se ha reconocido como refugiadas tanto a mujeres que ya han sido mutiladas como a madres y padres que solicitan asilo basándose en el temor fundado de que sus hijas sean sometidas a dicha práctica en el caso de ser deportadas a sus países de origen. En *Mohamed v. González* (400 F.3d 785 (9th Cir. 2005) se reconoce que la mutilación genital femenina constituye un daño que se prolonga en el tiempo y que es base suficiente para fundamentar una petición de asilo. También se tiene en cuenta el riesgo a sufrir de nuevo otro tipo de mutilación más grave. Se equipara la mutilación genital femenina con la esterilización forzosa como persecución pasada con secuelas permanentes. Otras sentencias en el mismo sentido son *In re Y-T-L* (23. I & N. Dec. 601 (BIA 2003)) y *Barry v. González* (445 F.3d 741 (4th Cir. 2006)) Por otro lado, en el caso de *Abebe v. González* (432 F.3d. 1037 (9th Cir. 2005)) se reconoció la condición de refugiados a un matrimonio de Etiopía quienes, en un primer momento, pidieron asilo por ser perseguido el esposo por motivos políticos. Durante la tramitación del proceso de asilo fueron padres de una niña y ampliaron los temores de persecución al temor de que su hija fuera sometida a la mutilación genital femenina en caso de serles denegada protección y tener que volver a su país de origen. El Tribunal consideró que los padres tenían derecho a ser reconocidos como refugiados por el daño temido a que su hija fuera mutilada genitualmente.

En segundo lugar, las mujeres, una vez han logrado demostrar que sufren persecución, deben probar que dicha persecución es sufrida por uno de los motivos previstos en la CG y, en ocasiones, no es fácil subsumir estos casos en las categorías preexistente.

Para superar este obstáculo, las propuestas que se plantean son las siguientes:

a) Interpretar cada uno de los motivos previstos en la CG desde una perspectiva de género. Aplicar dicha perspectiva supone adoptar un significado amplio de “lo político” reconociendo que las formas de participación política de las mujeres y sus formas de resistencia son diferentes de las de los hombres debido a los diferentes roles de género que unas y otros tienen asignados en la sociedad patriarcal, debido a la posición social diferenciada que cada uno/a de ellos/as ocupa, rompiendo una vez más con la diferenciación entre la esfera pública y privada y la desvalorización de todo lo que ocurre en ésta última para evitar que lo que sucede en ésta no sea tenido en cuenta por la legislación de asilo; b) por otro lado, debería adoptarse plena y claramente el posicionamiento del ACNUR, aceptando que las mujeres en determinadas circunstancias pueden constituir un determinado grupo social y, por tanto, ser perseguidas por este motivo,

b) Por otro lado, debería introducirse un sexto motivo, el género en la CG en rango de igualdad a los otros cinco ya previstos (Stevens, 1993). Aunque según Musalo (2005: 11) “La falta de protección viene de la forma de interpretar y aplicar la Convención” es importante poner nombre a las experiencias femeninas, tal y como pone de manifiesto Mestre (2006: 139) cuando afirma que “reconceptualizar y poner nombre son estrategias para subvertir la masculinidad del derecho porque permiten contar historias diferentes al incluir las perspectiva de las mujeres.”

En tercer lugar, habría que adoptarse el posicionamiento del ACNUR respecto a que la persecución puede ser tanto estatal como no estatal y que el Estado es responsable si el daño infligido por el agente no estatal es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.

No solo hay que tener en cuenta la relación del agente de persecución con la víctima sino también la de ésta con el Estado, es decir que pueda entenderse que el nexo causal entre la persecución sufrida y uno de los motivos de la Convención de Ginebra existe demostrando que el Estado falla en proteger a la víctima por una de las características protegidas (Randal, 2002). O sea, adoptar el enfoque bifurcado defendido por el ACNUR en los documentos de *Persecución por Pertenencia a un Determinado Grupo Social* y *Persecución por Motivos de Género*. Según este enfoque, existirá esta relación causal: (1) donde existe un riesgo real de persecución por parte de un agente estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, sea que la omisión por parte del Estado de brindar protección a la solicitante esté relacionada o no con la Convención; o (2) cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.

Ello supone “repensar la dicotomía público/privado y sacar el ámbito privado al estudio público y elaborar una nueva relación entre estos dos ámbitos” (Mestre, 2006: 72)

En cuarto lugar, también debe tenerse en cuenta la perspectiva de género en las cuestiones de procedimiento: entrevistas realizadas por personal femenino, intérprete

Otras sentencias en este sentido son *Azanor v. Ashcroft* (364 F.3d 1013 (9th Cir. 2004)), *Hassan v. Gonzáles* (484 F.3d 513, 518-519 (8th Cir. 2007)).

femenina, que se dé a las mujeres la oportunidad de pedir asilo por derecho propio si vienen acompañadas por familiares masculinos, que se las entreviste a solas (Hinshelwood, 1997), que se disponga de información sobre el respeto de los derechos humanos y situación de las mujeres en sus países de origen y que se tenga en cuenta que una mujer que ha sido mutilada genitualmente puede sufrir estrés psicológico que le impida pedir asilo dentro de los plazos previstos en la legislación de asilo.⁴³

En quinto, es fundamental la capacitación de las personas que intervienen en el proceso de determinación de la condición de refugiada (abogacía, judicatura, instructores e instructoras) en esta materia para que adquieran sensibilidad de género y puedan acercarse a estas peticiones de asilo con una mirada renovada. Habría que fomentar cursos de especialización, adoptar medidas de concienciación como un tipo de medida o política de acción afirmativa o positiva.

Por último, las estadísticas deberían disgregar los datos por sexo y por motivos de persecución tanto en cuanto al número de peticiones de asilo presentadas como en relación al número de estatutos concedidos.

Lo realmente importante junto con el tenor literal de la ley es que exista una voluntad de interpretar ésta de una forma sensible a las diferencias de género por parte de todos y todas las operadoras jurídicas. Para ello es necesario *deconstruir*⁴⁴ muchas de las interpretaciones y reconstruirlas desde una nueva mirada, desde la perspectiva de género.

En definitiva, se ha de producir un cambio de método en el análisis del derecho que tenga en cuenta las experiencias vividas por las mujeres, sin esencializar las mismas, teniendo en cuenta que “las identidades son múltiples y dinámicas y que confluyen diferentes tipos de opresión.” (Mestre, 2006: 59). Siguiendo a Pitch (2003:259) “Hay que tomar en serio las experiencias de las mujeres y partir de las mismas para hacerlas visibles al derecho o bien para crear derechos a su medida”. Siguiendo a Reverter (2005: 47), “Se ha de producir un cambio ideológico cual es el abandono del patriarcado y son los sistemas democráticos los que tienen el reto de conseguir este objetivo.”

BIBLIOGRAFÍA

- AÑON, M.J. (2002): “Igualdad y Diferencia a propósito de las mujeres” en *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, México, Fontamara.
- FARREL, M. (1998): “El Silencio en la Comunicación Humana”, *Dossier Feministas* 3, 11-21.
- FERRAJOLI, L. (1999): “Igualdad y diferencia” en *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- FRYDMAN, L. y THUY SEELNGER, K. (2008): “Kasinga’s Protection undermined? Recent Developments in Female Genital Cutting Jurisprudence”, *Bender’s Immigration Bulletin*, 13, 1073-1105.
- HINSHELWOOD, G. (1997): “Interviewing Female Asylum Seekers” *International Journal of Refugee Law*, Especial Issue, 159-164.
- LAGARDE, M. (1996): *Género y Feminismo*, Madrid, Horas y Horas.

⁴³ Las peticiones de asilo realizadas en puestos fronterizos deben efectuarse de inmediato y las peticiones de asilo en territorio en el plazo de un mes a contar desde la entrada en territorio nacional salvo en los supuestos en los que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. Así se establece en el artículo 7 del Real Decreto 2003/1995, de 10 de febrero.

⁴⁴ *Deconstrucción* como “proceso de transformación en el cual a partir de la propia configuración de un hecho o un paradigma y sus y por sus propias contradicciones, se desmontan contenidos y se resignifican, se recolocan y se recomponen en otro orden. En la metodología reconstructiva no es posible cambio como agregación; por el contrario, la creación exige reconstrucción.” (Lagarde, 1996: 85)

- MACKINNON, C. (1995): *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Madrid, Cátedra.
- MESTRE, R. (2006): *La Caixa de Pandora, Introducció a la Teoria feminista del dret*, Valencia, Universidad de Valencia.
- MOLE, N. (2007): *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg Cedex, Council of Europe.
- MUSALO, K. (2005): “La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 8. 9-22.
- PITCH, T. (2003): *Un derecho para dos, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta.
- RANDALL, M. (2002): “Refugee Law and State Accountability for Violence against Women: A comparative analysis of legal approaches to Recognizing Asylum Claims Based on Gender Persecution”, *Harvard Women’s Law Journal*, 25, 281-318.
- REVERTER, S. (2005) “Reflexions Filosófiques sobre la violencia contra les dones”, *Asparkia Investigació Feminista* 14, 45-57.
- RICE, M. (2004): “Protecting Parents: Why mothers and fathers who oppose Female Genital Mutilation qualify for asylum”, *Immigration Briefings*, 1.
- SANTOLAYA, P. (2000): Derecho de asilo y Persecución relacionada con el sexo, en *Mujer y Constitución*. (Coord. T. Freixes) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- STEVENS, M. (1993): “Recognizing Gender-Specific Persecution: A Proposal to Add Gender as a Sixth Refugee Category”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 3. 179-219.
- VALCÁRCEL, A. (2000): *Rebeldes hacia la paridad*, Barcelona, Plaza y Janés.