

Universidad de Valencia
Facultad de Derecho
Instituto de Derechos Humanos

PANDATARIA:

**UNA MIRADA FEMINISTA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS**

Programa de Doctorado: Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional

Presentada por:

Carmen Miguel Juan

Dirigida por:

Ruth Mestre i Mestre

Valencia, 2014

PANDATARIA

Pandataria es una isla italiana situada en el mar Tirreno y que también se la conoce como Ventotene. Posee un área de 1.54 km² y pertenece a la región del Lacio. En la Antigua Roma Pandataria era conocida por ser el lugar al que eran exiliados algunos personajes ligados a la familia imperial durante el Imperio romano. Entre las personas exiliadas, muchas de ellas eran mujeres que desafiaban su estatus de subordinación y, por ello eran acusadas de conspiración. Entre ellas se encuentran: Julia La Mayor, exiliada por su padre, el emperador Augusto, acusada de adulterio; Agripina la Mayor, hija de Julia, exiliada por el emperador Tiberio acusada de conspiración; las hermanas Julia y Agripina la Menor, hijas de Agripina la Mayor, exiliadas por su hermano Calígula cuando éste fue emperador acusadas de conspiración; Claudia Octavia exiliada por su marido Nerón cuando éste fue emperador. La acusación estaba ligada al adulterio; y también Tito Flavio Domiciano desterró a su sobrina Domitila por adoptar prácticas judías y cristinas¹.

¹http://penelope.uchicago.edu/~grout/encyclopaedia_romana/circusmaximus/pandateria.html. [Acceso 18 de febrero de 2014]. Y LESAGE, Luisa y ORMAZÁBAL, M^a José, intervención en la Mesa Redonda “La Mujer en la Antigüedad”, que tuvo lugar el día 9 de noviembre de 2009 en el marco del I Curso de Actualización Científica y Didáctica en Filología Clásica en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Málaga.

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| PRIMERA PARTE: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA | 12 |
| I. HERRAMIENTAS ANALÍTICAS | 12 |
| 1. Enfoque feminista del Derecho adoptado..... | 12 |
| 2. Género..... | 28 |
| 3. Experiencias de las mujeres..... | 34 |
| 4. Dicotomía público-privado..... | 38 |
| 5. Métodos feministas..... | 43 |
| II. LIMITADO RECONOCIMIENTO DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES | 54 |
| 1. Limitaciones de la estructura institucional-organizativa..... | 55 |
| 2. Limitaciones de la estructura normativa o conceptual..... | 64 |
| 2.1 Principio de igualdad y prohibición de discriminación..... | 65 |
| 2.2. Concepto de género y su transversalización en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... | 75 |
| 2.3. Dicotomía público-privado aplicada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... | 83 |
| 3. Ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres..... | 115 |
| III. LA INCLUSIÓN DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS GENERALES Y ESPECÍFICOS | 139 |
| 1. Violaciones de los derechos humanos de las mujeres que son similares a las violaciones de los derechos humanos de los hombres..... | 143 |
| 2. Violaciones de los derechos humanos de las mujeres en los que no existe un modelo masculino con el que realizar la comparación..... | 147 |
| 2.1 Derechos reproductivos..... | 147 |
| 2.2 Derechos sexuales..... | 163 |
| 2.3 Violencia contra las mujeres..... | 174 |
| SEGUNDA PARTE: DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA | 199 |
| I. INTRODUCCIÓN | 199 |

| | |
|---|------------|
| II. DERECHO DE ASILO: CONCEPTO Y MARCO JURÍDICO | 212 |
| 1. Concepto del derecho de asilo..... | 212 |
| 2. Marco jurídico | 216 |
| 2.1 Marco jurídico internacional..... | 216 |
| 2.2 Marco jurídico regional europeo..... | 222 |
| 2.3 Marco jurídico comunitario..... | 226 |
| 2.4 Marco jurídico español..... | 233 |
| III. EL DILEMA DE LA DIFERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS..... | 248 |
| IV. LOS PROBLEMAS DE ENCAJE DEL GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS..... | 258 |
| 1. El concepto de género | 258 |
| 2. La dicotomía público-privado y el concepto de “lo político” | 266 |
| 3. Limitaciones procedimentales | 273 |
| V. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA DEFINICIÓN DE PERSONA REFUGIADA | 282 |
| 1. Temor fundado de sufrir persecución | 283 |
| 2. Ausencia de protección estatal y persecución por agentes no estatales..... | 291 |
| 3. Alternativa de huida interna | 296 |
| 4. Nexo causal: Motivos de la Convención de Ginebra..... | 298 |
| 4.1 Raza | 301 |
| 4.2 Nacionalidad..... | 303 |
| 4.3 Religión..... | 304 |
| 4.4 Pertenencia a un determinado grupo social..... | 306 |
| 4.5 Motivos políticos | 321 |
| VI. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO PERSECUCIÓN: ESTATUTO DE REFUGIADA | 322 |
| 1. Violación..... | 322 |
| 2. Mutilación genital femenina | 328 |
| 3. Orientación e identidad sexual | 337 |
| 4. Trata de mujeres para la explotación sexual | 346 |
| 5. Transgresión de normas o costumbres sociales | 355 |
| 6. Violencia machista en pareja | 360 |

| | |
|--|------------|
| 7. Esterilización forzosa..... | 367 |
| VII. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO TORTURA O TRATO INHUMANO O DEGRADANTE: ESTATUTO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA | 369 |
| VIII. CONCLUSIONES | 375 |
| 1. Conclusiones I parte: Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... | 375 |
| 2. Conclusiones II parte: Derecho Internacional Personas Refugiadas | 387 |
| IX. PROPUESTAS PARA LA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS | 397 |
| BIBLIOGRAFÍA | 405 |
| ANEXO I. SENTENCIAS CONSULTADAS..... | 421 |
| ANEXO II. DOCUMENTOS DEL ACNUR | 427 |
| ANEXO III. PROCEDIMIENTOS DE ASILO..... | 428 |
| ANEXO IV. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DE PERSONA REFUGIADA | 429 |

LISTADO DE ACRÓNIMOS

| | |
|---------------|--|
| ACNUR | Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados |
| AHI | Alternativa de huida interna |
| CEDAW | Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CDH | Comité de Derechos Humanos |
| CSW | Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer |
| CG | Convención de Ginebra sobre los Refugiados |
| CIAR | Comisión Interministerial de Asilo y Refugio |
| CIM | Comisión Interamericana de Mujeres |
| DESC | Derechos económicos, sociales y culturales |
| DEVAW | Declaración para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer |
| DI | Derecho Internacional |
| DIDH | Derecho Internacional de los derechos humanos |
| DIPR | Derecho Internacional de las personas refugiadas |
| ECOSOC | Consejo Económico y Social |
| FIV | Fecundación in vitro |
| MGF | Mutilación Genital Femenina |
| OAR | Oficina de Asilo y Refugio |
| ODM | Objetivos de Desarrollo del Milenio |
| ONU | Naciones Unidas |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PIDESC | Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales |

| | |
|--------------|--|
| SRVAW | Reportera Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| UE | Unión Europea |

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

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

“Feminismo”: “práctica social, movimiento o *corpus* teórico basado en una postura crítica o de transformación de la realidad que, partiendo de que las mujeres viven una historia inacabada de discriminación respecto de los hombres, sostiene que esa discriminación impregna las estructuras sociales de todo tipo (económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.), y considera que la lucha contra esa discriminación exige un esfuerzo de análisis y revisión de (y desde) todos los ámbitos disciplinares del saber” (Barrère, 2008: 47).

“Feminismos”: “pluralidad de perspectivas o tendencias feministas” (Barrère, 2008: 47)

“Feminismo jurídico”: “cuando la corriente crítica definida como feminismo intenta transformar la realidad y la cultura jurídica como instancias productoras y reproductoras de discriminación y- a mayor razón- es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídica, se puede hablar de feminismo jurídico, ‘iusfeminismo’, ‘teoría jurídica feminista’, ‘teoría del derecho feminista’, ‘teoría feminista del derecho’ (o en inglés, *feminist jurisprudence* o *feminist legal theory*)” (Barrère, 2008: 47).

“Género”: Utilizo el término género, por un lado como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y, por otro lado, como una forma primaria de relaciones significativas de poder (Scott, 1990).

“Sesgo androcéntrico”: Califico de androcéntrico al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de las personas refugiadas en el sentido utilizado por Fraser (1996) en tanto que toma como norma la experiencia masculina dominante, considerando el resto de experiencias como desviadas, devaluadas, o merecedoras de represión.

“Sexo”: sexo biológico.

“Sexismo”: No sólo es una diferenciación basada en el sexo sino un sistema de subordinación, una jerarquía en donde los varones biológicos están en la parte más alta y las mujeres en la parte más baja (MacKinnon, 1984).

INTRODUCCIÓN

He trabajado como abogada en el campo de derechos humanos, sobre todo como defensora de solicitantes de asilo y personas refugiadas, durante ocho años. De esos años, seis trabajé en España en una ONG especializada en asistencia jurídica a personas solicitantes de asilo y refugiadas. Los dos años restantes trabajé en el mismo campo pero en el ámbito europeo, primero como abogada defensora en una ONG ubicada en Londres (*internship*) y, posteriormente, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con un *traineeship*. Esta experiencia profesional coincidió en sus inicios con mis estudios de doctorado en la Universidad de Jaume I de Castellón donde cursé un doctorado en estudios de género.

Tras comenzar a trabajar con personas refugiadas empecé a comprobar que las mujeres necesitadas de protección internacional experimentaban mayores obstáculos que los hombres para ser reconocidas como refugiadas. Al principio no entendía por qué. Al mismo tiempo, gracias a mis estudios de doctorado, iba profundizando mis conocimientos sobre teoría feminista del derecho y esto me ayudó a comprender por qué era tan difícil conseguir que las mujeres fuesen reconocidas como refugiadas: la legislación utiliza como parámetro de lo humano al varón y, por ese motivo, las experiencias de las mujeres difícilmente encajaban en ese molde preestablecido y diseñado sin haberlas tenido en cuenta. Me empeñé en llevar a cabo un mayor esfuerzo en la defensa de estos casos recurriendo a los tribunales, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, tras la denegación de protección internacional en primera instancia (administrativa), argumentando que la denegación del estatuto de refugiada a las mujeres era contrario a los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran derechos a las mujeres y era una forma de discriminarlas.

Durante el verano 2005, para la realización del trabajo de investigación de mi doctorado, viajé durante mis vacaciones a San Francisco, al *Center for Gender and Refugees Studies*, en el Hastings College of the Law de la Universidad de California. Su directora, Karen Musalo, puso a mi disposición toda la información que necesitaba y me brindó todo su apoyo, por lo que le estoy profundamente agradecida. Así, un año después, presenté mi trabajo de investigación *La persecución por motivos de género, la*

experiencia en Estados Unidos. Analicé la legislación internacional de asilo desde una perspectiva feminista y la jurisprudencia norteamericana sobre persecución por motivos de género. En aquél momento la jurisprudencia española en dicho campo era escasa y, por el contrario, la norteamericana era extensa y avanzada. Posteriormente, cuando trabajé en Londres, pude comprobar que los obstáculos que experimentan las mujeres para ser reconocidas como refugiadas son idénticos en España, Estados Unidos y Reino Unido ya que derivan de interpretar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional de las personas refugiadas (DIPR) con un sesgo androcéntrico.

En mayo de 2009 se me notificó como abogada defensora una sentencia del Tribunal Supremo en la que, por primera vez en España, se reconocía como refugiada a una mujer procedente de Nigeria que había sido mutilada genitalmente e iba a ser obligada a contraer matrimonio en contra de su voluntad. Esta sentencia facilitó el camino a mujeres perseguidas por motivos de género que solicitaron asilo con posterioridad, y la jurisprudencia en este sentido empezó a desarrollarse. Para mí estos hechos significaron una recompensa por un esfuerzo personal fruto de un largo proceso de reflexión teórica y práctica iniciado siete años atrás que me animó a seguir adelante con la investigación. Fue mi tutora Ruth Mestre i Mestre quien me sugirió enmarcar la investigación un marco más amplio, el DIDH ya que es la resistencia del DIDH a reconocer la violación de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos la que se reproduce en la falta de protección de las mujeres que solicitan asilo, al ser el DIPR una parte del DIDH. Así fue gracias a Ruth Mestre que empecé con este estudio. Sin ella, su colaboración, apoyo, consejo y guía no lo hubiera hecho.

Creo que esta investigación trata un tema que no ha sido estudiado en profundidad en España pese a que sí lo ha sido en otros países europeos, en Estados Unidos, Australia y Canadá. La manera en que abordé este trabajo es conjugando teoría y práctica, como abogada feminista con interés por buscar explicaciones teóricas a problemas prácticos.

La proliferación de estándares de derechos humanos en el ámbito internacional en los últimos sesenta años ha sido una característica del desarrollo del Derecho Internacional (en adelante, DI). Este interés creciente se ve reflejado en la elaboración de un número importante de instrumentos internacionales que consagran la prohibición de discriminación de las mujeres (Byrnes, 1994) y derechos específicos de las mujeres. Pese a esta consagración formal de derechos, la respuesta del sistema internacional de derechos humanos a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres ha sido y es deficiente en muchos aspectos al existir un gran margen de diferencia entre las garantías formales y el disfrute real de los derechos (Castro-Rial Garrone, 2001). Las mujeres representan la mitad de la humanidad cuyos derechos intentan proteger convenciones internacionales de derechos humanos. Sin embargo, muchas violaciones de los derechos humanos de las mujeres no son reconocidas, o si lo son, no son castigadas sino justificadas como un aspecto fundamental de la cultura, religión o tradición (Cook, 1994a). De este modo las mujeres se construyen como las *outsiders*, como el paradigma del sujeto extranjero del DIDH, o como el no sujeto (Romany, 1994) al no reconocer prácticas opresivas contra las mujeres².

El desarrollo del DIDH ha sido parcial y androcéntrico y toda su estructura se ha construido sobre el silencio de las mujeres (Dowd, 1995, Farrel, 1998), privilegiando un punto de vista masculino (Charlesworth, 1994). Este sesgo androcéntrico del DIDH está presente tanto en la estructura organizativa (institucional) como normativa (conceptual) y en las reglas de procedimiento contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres, de tal forma que convierten dichos instrumentos y los mecanismos de protección en ellos previstos en altamente ineficaces.

En la estructura institucional se observa, por un lado la falta de eficacia de la división entre organismos internacionales de derechos humanos generales y organismos específicos de protección de los derechos humanos de las mujeres y, por

² O' Hare (1999), por no reconocer estas prácticas opresivas contra las mujeres, acusa al DIDH de "miope al género".

otro, la escasa presencia de mujeres dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. Son los hombres quienes tienen el poder y quienes mantienen el control dentro de estas instituciones, manteniendo a las mujeres y a los derechos de las mujeres en la periferia. En la estructura normativa evidenciamos la existencia de una serie de conceptos fundamentales sobre los que se asienta el DIDH cuya interpretación androcéntrica dificulta el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres (Charlesworth, et al., 1992, Cook, 1994a). Así el principio de igualdad interpretado de manera restrictiva o asimilacionista; la prohibición de discriminación basada en derechos individuales y no teniendo en cuenta la discriminación grupal; el concepto de género y la transversalización del enfoque de género han perdido toda connotación política y poder transformador; la dicotomía público-privado por la que el DIDH se abstiene de regular aspectos de la esfera privada dejando sin protección a las mujeres, ya que muchas violaciones de los derechos humanos de las mujeres se producen en este ámbito; la teoría de la responsabilidad estatal por la que, por regla general, sólo se admite la responsabilidad del Estado por actos cometidos por agentes estatales, cuando muchas de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres son cometidos por agentes no estatales. Éstos son todo ejemplos de este sesgo androcéntrico.

Junto a estas limitaciones organizativas y conceptuales, otra de las causas que dificulta el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres es la ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos específicos de las mujeres.

Debido a todas estas barreras, desde algún sector de los movimientos de mujeres, se desconfía del DIDH como instrumento válido para proteger las violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

En este estudio intento dar respuesta al siguiente interrogante: El DIDH, incluido el DIPR, ¿da una respuesta adecuada a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres? En mi opinión, aunque el DIDH presenta importantes limitaciones institucionales, conceptuales y procedimentales que dificultan el reconocimiento de

las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y que, en este contexto, se hace difícil encajar las pretensiones de las mujeres dentro del marco actual de los derechos humanos, es posible mejorar las estructuras institucionales y prácticas de procedimiento existentes y ampliar la interpretación de conceptos básicos dentro del DIDH para optimizar el impacto que las instituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto generales como específicos, pueden tener en el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Y pienso que ello es posible porque quienes, hasta hace poco, han sido los únicos que han “hablado” sobre los derechos humanos simplemente no están hablando de cuestiones de importancia fundamental para las mujeres (Finley, 1989).

La moderna legislación de derechos humanos debe mucho al legado de la presión nacional por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de finales del siglo XVIII y XIX. Los hombres blancos constituían la vanguardia por el reconocimiento de estos derechos. El énfasis en estos derechos reflejaba la voluntad de los hombres de regular sus relaciones con el Estado y establecer los límites de una posible interferencia en sus vidas. La hegemonía de los hombres en la esfera pública y en las instituciones significaba que los derechos se definían por ellos, negando a las mujeres el espacio para poder expresar las violaciones de sus derechos humanos (O, Hare, 1999). Pero los hombres no son los únicos autorizados para llevar a cabo la exégesis de los derechos humanos, ni son los únicos que tienen derecho a decodificar las garantías de estos derechos. Podemos usar estrategias para utilizar el discurso de los derechos humanos de un modo más inclusivo ampliando las personas que participan en este diálogo, ampliando el sujeto del DIDH: las mujeres en toda su heterogeneidad y otros colectivos igualmente excluidos. La historia del desarrollo del DIDH es la historia de los retos que se plantean desde los márgenes por aquellas y aquellos que han sido excluidos/as de participar en dicho discurso (Engle, 1992). Existe una necesidad de apropiarse del poder para definir el contenido de los derechos humanos para desafiar los limitados modelos androcéntricos y abordar temas que sean de verdadero interés para las mujeres, tarea que intentaré llevar a cabo en el presente trabajo.

De este modo, parto del DIDH como espacio y herramienta de lucha que puede ser emancipadora para las mujeres (West, 1988, Mestre, 2006). El DIDH puede utilizarse como estrategia de legitimación de nuevas pretensiones y de nuevos principios, como lenguaje para la reconstrucción de trozos de realidad desde el punto de vista de las mujeres. La representación del discurso sobre los derechos como un “lugar de lucha y de diálogo” pone de manifiesto la negociabilidad y el proceso político de interpretación de los derechos humanos (MacKinnon, 1995).

Para dar una respuesta a la pregunta planteada, en la parte de este estudio dedicada al DIDH, intentaré desvelar los prejuicios de género de esta rama del derecho aparentemente neutral, cuestionando sus características de racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad; poniendo al descubierto el rol del sistema jurídico en crear y perpetuar la desigual posición de las mujeres, utilizando métodos feministas de análisis e incluyendo el concepto de género y el concepto de experiencias de las mujeres como categorías de análisis. Esta tarea la llevaré a cabo poniendo de manifiesto el sesgo androcéntrico presente en el DIDH tanto en la estructura organizativa (institucional) como normativa (conceptual) y en los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW (incumplimiento por parte de los Estados de su obligación de presentar informes, la escasa duración de su periodo de sesiones, la posibilidad de realizar reservas, la distinta ubicación geográfica de los organismos generales y específicos de protección de los derechos humanos), y las reglas de procedimiento contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres, en concreto en el Protocolo Facultativo de la CEDAW. A su vez, propondré alternativas teóricas que reconozcan las experiencias de las mujeres en toda su heterogeneidad, es decir, intentaré reconstruir la teoría de modo que las aspiraciones, miedos o injusticias que sufren las mujeres no sean siempre, y necesariamente reconducidas a experiencias vividas por los hombres. O sea, reinterpretaré los conceptos jurídicos para reconocer las existencias femeninas con el objeto de elaborar una teoría que sea menos masculina (Mestre, 2008) y poder desarrollar, de este modo, un sistema de protección de los derechos humanos más amplio e incluyente, que pueda dar una respuesta más satisfactoria a las violaciones de

los derechos humanos de las mujeres y otros colectivos tradicionalmente excluidos. En definitiva aprovecharé el potencial emancipador que puede tener el DIDH, procediendo a la redefinición de sus cánones tradicionales, reconceptualizándolo y entendiendo esta tarea no como cambiar unos valores jurídicos por otros sino deconstruirlos y construir unos nuevos (Barrère, 1992). De este modo intento llevar a cabo las dos tareas que implican hacer teoría feminista del derecho, esto es, por un lado desvelar sistemas de opresión y exclusión (proyecto antisexista) y, por otro proponer alternativas de cambio, tarea esta última del proyecto feminista de reconstrucción teórica y social (Gross, 1986 y Mestre, 2006).

En segundo lugar, analizaré cómo se tienen en cuenta las violaciones de los derechos humanos de las mujeres dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Dos han sido los criterios que he seguido para seleccionar la legislación y la jurisprudencia objeto de estudio. Quería centrar mi análisis en instrumentos y jurisprudencia de organismos de protección de derechos humanos generales y específicos de las mujeres para comprobar la existencia o no de diferencias en el modo de incluir las experiencias de las mujeres dentro de sus respectivos marcos legales e interpretación jurisprudencial. Debido a la variedad de organismos de protección de derechos humanos generales y a la imposibilidad de abarcar un análisis de la jurisprudencia emanada de todos ellos por lo limitado de este estudio, he decidido acotar mi análisis a dos organismos, uno del sistema de protección de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (CDH), organismo quasi-judicial que se encarga de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (en adelante PIDCP) y a otro del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), organismo judicial encargado de la vigilancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ (CEDH) con la intención de comprobar las similitudes o diferencias de ambos organismos en el modo de interpretar los instrumentos de protección de derechos humanos sobre los que tienen competencia

³ Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

⁴ Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. CETS Nº 5, de 4 de noviembre de 1950.

dentro de sus diferentes ámbitos de aplicación: internacional y regional. He seleccionado el CDH como organismo del sistema de Naciones Unidas porque fue el primer Comité que se creó dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas (1966) y es, por tanto, el organismo que más jurisprudencia ha desarrollado interpretando el PIDCP. Además porque su jurisprudencia es, en cierta medida, referente para el resto de comités de protección de derechos humanos y para organismos de protección regionales (TEDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo). En el ámbito regional, he seleccionado el TEDH porque es el que me resulta más familiar, tanto por mi propio contexto geográfico personal como porque desde enero hasta abril 2009 tuve la oportunidad de trabajar en dicho tribunal mediante un *traineeship*. En cuanto a los organismos de protección de derechos humanos específicos de las mujeres, me he centrado en el instrumento y el organismo internacional de protección de los derechos humanos del sistema de Naciones Unidas por excelencia, la CEDAW que consagra los derechos de las mujeres, y el Comité de la CEDAW por ser su órgano de vigilancia.

El motivo por el que me centro en los obstáculos que presenta el Protocolo Facultativo de la CEDAW y no en otros procedimientos de protección de los derechos de las mujeres como el que puede utilizarse ante la Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer (CSW) o ante la Reportera Especial de Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias (SRVAW), es por ser el único procedimiento en el que la mujer que denuncia tiene un rol en el proceso, y sólo por medio del procedimiento previsto en el Protocolo se puede resarcir o compensar a la persona que interpone la denuncia por la violación del derecho que ha sufrido. A diferencia de este procedimiento, en el que es posible tramitar ante la CSW o la SRVAW, las comunicaciones o quejas que se interponen son utilizadas para identificar tendencias emergentes, pautas de injusticias y prácticas discriminatorias contra las mujeres para formular políticas y estrategias que promuevan la igualdad de género mediante sus recomendaciones al Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC⁵) para promover

⁵ El Consejo Económico y Social se estableció en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar la labor económica, social y conexas de los 14 organismos especializados

los derechos políticos, económicos, sociales y en materia de educación. Aunque ante la SRVAW puede interponerse una queja individual, ésta sólo sirve para iniciar un diálogo con el gobierno afectado con el objeto de clarificar los hechos e intentar asegurar, en un esfuerzo conjunto con el Estado, protección efectiva, investigación y compensación para las víctimas. A diferencia de la queja individual frente al Comité de la CEDAW, este procedimiento no implica ninguna acusación al Estado o valoración sobre los hechos por parte de la SRVAW.

Desde mayo de 2011 existe un instrumento específico contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista en pareja en el ámbito regional europeo, *el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista en pareja*⁶. El Convenio crea un mecanismo de control denominado GREVIO (Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia machista en pareja), si bien no tiene competencia para estudiar quejas individuales. Este nuevo instrumento no va a ser objeto de estudio en esta tesis por cuanto todavía no ha entrado en vigor⁷, pero no descarto que sea una línea de investigación futura.

Aunque analizo fundamentalmente la jurisprudencia del CDH, del TEDH y del Comité de la CEDAW, en algunos casos, hago referencia a algunas sentencias del ámbito regional americano, en concreto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que ha supuesto un gran aporte para la jurisprudencia del CDH y/o del TEDH, pero no es el objeto central de este estudio.

En cuanto a los casos que expondré distingo entre violaciones de los derechos humanos de las mujeres que son similares a las violaciones de los derechos humanos de los hombres y violaciones de los derechos humanos de las mujeres en las que no

de las Naciones Unidas, las comisiones orgánicas y las cinco comisiones regionales. El Consejo Económico y Social actúa como foro central para el debate de cuestiones internacionales de índole económica y social y para la formulación de recomendaciones sobre políticas dirigidas a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas.

⁶ CETS Nº 210.

⁷ Para su entrada en vigor se exige ser ratificado por 10 países y a fecha 20 de agosto de 2013 sólo lo han ratificado cuatro países, Turquía, Albania, Montenegro y Portugal.

existe una experiencia masculina similar de violación. Dentro de esta segunda categoría incluyo violaciones de derechos reproductivos, violaciones de derechos sexuales, en concreto violación, y violencia contra las mujeres, centrándome en supuestos de mutilación genital femenina y violencia machista en pareja. Aunque la mutilación genital femenina también constituye una violación de derechos sexuales (Villanueva Flores, 2006) he preferido incluirlo dentro de la violencia contra las mujeres porque es una categoría más amplia y porque el tratamiento jurisprudencial dado ha sido más similar a la de la violencia machista en pareja, porque siempre se produce por agentes no estatales, a diferencia de lo que sucede con la violación que puede llevarse a cabo tanto por un agente estatal como por un agente no estatal.

Tras este análisis extraigo dos conclusiones: a) el sesgo androcéntrico presente en el DIDH, que se traduce un mayor reconocimiento de las violaciones de los derechos de las mujeres, cuando las pretensiones de éstas tienen que ver con derechos de los que gozan los varones, y en un aumento de los obstáculos para reconocer las violaciones de los derechos humanos de las mujeres cuando éstas plantean reclamaciones que no son reconducibles a las experiencias masculinas; y b) que los derechos de las mujeres son más fácilmente reconocidos si se reclama frente al Comité de la CEDAW, organismo de protección de derechos humanos específico de las mujeres, que si se interpone la reclamación frente a un organismo de protección de derechos humanos generales, ya sea el CDH o el TEDH.

Las reticencias de organismos internacionales de protección de derechos humanos generales a reconocer las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos porque muchos de los daños infligidos se producen en la esfera privada y por agentes no estatales, resistencia consecuencia de la aplicación de la dicotomía público-privado, se reproduce en el DIPR en la falta de protección de las mujeres que solicitan asilo. El DIPR se interpreta tomando como paradigma de persecución la experiencia masculina, es decir considerando como persecución la que acontece en el ámbito público a manos de un agente del Estado. Por este motivo es más difícil que los daños infligidos a las mujeres, sufridos prototípicamente por éstas, y producidos en la esfera doméstica y por agentes no

estatales sean reconocidos como persecución, exigencia legal para reconocer a una persona como refugiada. Por lo tanto, las mujeres perseguidas por motivos de género experimentan mayores dificultades que los hombres para obtener el derecho de asilo y la condición de refugiada.

En la segunda parte de este trabajo dedicada al DIPR intentaré dar respuesta a las preguntas siguientes: ¿El DIPR da una respuesta adecuada a las necesidades de protección internacional de las mujeres que sufren persecución o daños graves? Y, ¿Por qué las mujeres experimentan mayores dificultades que los hombres para ser reconocidas como refugiadas? Al igual que en la parte dedicada al DIDH, partiré del potencial transformador que puede tener el derecho y, tras desvelar los prejuicios de género de esta rama del derecho, facilitaré una propuesta de reconceptualización, llevando a cabo de nuevo las dos tareas que implica hacer teoría feminista del derecho, o sea, desvelar sistemas de opresión y realizar propuestas de reconstrucción teórica.

PRIMERA PARTE: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA

I. HERRAMIENTAS ANALÍTICAS

1. Enfoque feminista del Derecho adoptado

El análisis del DIDH que presento en este estudio parte de la *teoría jurídica feminista* que surge en los años 70 del s. XX como un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el análisis del Derecho, “por evaluar críticamente la legislación, las instituciones que conforman el sistema jurídico y los conceptos fundamentales, y por presentar alternativas al ordenamiento jurídico existente” (Cohen, 2000:76). No obstante, como resultado de su vinculación con la teoría feminista, en general, es posible distinguir varias estrategias dentro de la teoría jurídica feminista, aunque cronológicamente no bien definidas ni separadas entre sí y que tampoco son “superaciones” o rechazos de la etapa anterior (Mestre, 2006), cada una de las cuales ha planteado determinadas críticas y exigencias en relación al Derecho.

Para explicitar el enfoque teórico feminista en el que sitúo este estudio, voy a distinguir, siguiendo a Lacey (2004) y Olsen (2000), tres estrategias dentro de la teoría jurídica feminista: feminismo liberal, feminismo de la perspectiva y feminismo crítico. Cada una de estas estrategias feministas se ha aproximado a la cuestión de las mujeres y el derecho de un modo diferente, es decir, han propuesto diferentes modos de gestionar la igualdad entre hombres y mujeres. Olsen (2000) y Mestre (2006) clasifican cada una de estas estrategias feministas como derecho sexista, derecho masculino y derecho generizado y generizante (Mestre, 2006), en función de la postura que dichas estrategias adopten frente a las series de dualismos o pares opuestos en las que se ha estructurado el pensamiento occidental. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o en polos opuestos: razón/emoción, activo/pasivo, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular, mente/cuerpo, etc.

De este modo, el derecho sexista (feminismo liberal) rechaza la sexualización de las dicotomías pero no su jerarquía; el derecho masculino (feminismo de la

perspectiva) rechaza la jerarquía pero no la sexualización de los dualismos y el derecho generizado y generizante (feminismo crítico) rechaza tanto la sexualización como la jerarquía. Antes de adentrarme en la tarea de explicitar el marco teórico feminista de este estudio, distingo, siguiendo a Olsen (2000), tres características de este sistema de dualismos: 1) los dualismos están sexualizados. Una mitad de los dualismos se considera masculina y la otra mitad, femenina. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos, con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, la mente, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, el cuerpo, lo subjetivo, lo concreto, lo particular; 2) los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto e inferior. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Lo irracional se define como la ausencia de lo racional, lo pasivo frente al fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento y la razón tiene prioridad frente a la emoción; y 3) el derecho se identifica con el lado jerárquicamente superior y masculino de los dualismos. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal y como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal y como los hombres consideran a las mujeres.

Este trabajo es “un estudio situado” (Haraway, 1988). Quiero explicitar tanto el marco teórico del que parto, que es el feminismo crítico y, dentro de él, los feminismos postcoloniales, como mi propia experiencia y contexto histórico y cultural: soy una mujer feminista, blanca, española, heterosexual, de clase media y abogada que ha trabajado en la defensa de los derechos de las mujeres ante los tribunales españoles y europeos. Esto lo hago porque soy consciente de lo limitado de mi propia experiencia para abordar cómo el DIDH y el DIPR pueden ser interpretados de un modo más inclusivo para dar cabida a las experiencias de mujeres con experiencias personales y vitales muy diferentes a las mías, pese a mi esfuerzo por reconocer tanto la

complejidad del contexto de otras mujeres como el papel que el racismo y la explotación económica juega en la posición de muchas mujeres (Gunning, 1991). En definitiva, intento concretar de dónde parte mi “objetividad” como abogada feminista.

Sin menospreciar los beneficios obtenidos a través de las reformas legales emprendidas desde el feminismo liberal en nombre de los derechos de las mujeres, y la importancia del reconocimiento de derechos en la ley como punto de partida para seguir luchando por la plena ciudadanía de las mujeres, descarto el feminismo liberal (derecho sexista) como marco teórico de la presente investigación por las siguientes razones:

1. No tiene en cuenta la diferencia sexual. Se parte de que no existen diferencias naturales significativas entre hombres y mujeres y que, por ello, ambos sexos están situados frente a la ley de modo simétrico. No tiene en cuenta factores contextuales históricos, sociales, de clase, raza o sexo que determinan las capacidades de sujetos situados para gozar de los derechos (Finley, 1989).
2. Tiene como meta la igualdad formal. La igualdad formal se identifica con la igualdad ante la ley, es decir, con igualdad como generalización, como abstracción de las diferencias, igualdad procesal y igualdad de trato que puede ser igualdad como equiparación (principio de no discriminación) e igualdad como diferenciación (tratamiento desigual justificado). Por ello se denuncian principalmente violaciones al principio de igualdad formal sin cuestionar la existencia de las dos esferas (pública y privada), reafirmando una igualdad que sólo es posible en la esfera pública masculina no modificada (Mestre, 2006) a la que se añaden las mujeres al estilo *add women and stir* (Sapiro, 1998). Considerando la igualdad como generalización, como abstracción de las diferencias, se universaliza un sujeto público masculino que invisibiliza a las mujeres y a la diferencia sexual.
3. Adopta la masculinidad como norma sin cuestionar por qué éste debe ser el parámetro de igualdad. Bobbio (1993) denomina “criterios de justicia” a aquellos criterios que permiten establecer, situación por situación, en qué dos cosas o dos personas deben ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ellos pueda

considerarse justa. Una vez estos criterios ya han sido elegidos podemos establecer cuando dos personas deben considerarse equiparables. Entonces entra en juego lo que Bobbio denomina la “regla de justicia”, regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual. El derecho lo que hace es justificar el tratamiento igual (determinar quién y frente a qué ha de ser tratado de manera igual), es decir, establecer los criterios en base a los que realizar la equiparación (Bobbio, 1993 y Mestre, 2006) y, una vez establecido el parámetro de lo que se considera pertinente para definir la relación de igualdad, entra en juego la operación de abstracción. El parámetro seleccionado por el feminismo liberal es el de los hombres, individuos, ciudadanos, titulares de derechos y libertades en el ámbito público, ámbito regido por normas generales, abstractas, unos principios universales que se aplican a todos por igual e imparcialmente. De este modo el derecho, al identificar *quién* y frente a *qué* ha de ser tratado igual, está creando la diferencia sexual puesto que ya sabemos que dentro del *quién* no están incluidas las mujeres (Mestre, 2006). Descarto el feminismo liberal por sostener que la diferencia es anterior a la acción del derecho y que éste no tiene ningún rol en la creación de la diferencia, es decir, no tiene en cuenta que el derecho es un sistema que puede crear exclusión.

4. No cuestiona la división público/privado. Desde posturas feministas liberales se sostiene que para evitar que el derecho sea sexista y discriminatorio debe tratarse igual a hombres y mujeres por medio de leyes ciegas al género, buscando eliminar las barreras formales para conseguir una neutralidad de género y fomentando una mayor presencia de las mujeres en el ámbito público. La igualdad de oportunidades⁸ se convierte en una cuestión clave para que las mujeres se incluyan en la esfera pública, es decir, en el lado positivo de los dualismos. Pero el acceso de las mujeres en la esfera pública se hace sin modificar esta esfera y sin modificar la adscripción de las mujeres a la esfera

⁸ Una concreción de la igualdad de oportunidades son las acciones positivas como medidas que han de tomarse para garantizar la inclusión de las mujeres en la esfera pública.

privada. Consideran que los intereses de las mujeres están mejor protegidos con la igualdad de trato y no hay ninguna diferencia que merezca un trato diferente (enfoque de la simetría de Littleton, 1987).

Por el contrario, en mi opinión, la existencia de derechos específicos de las mujeres y la de garantías también específicas, tal y como sostiene Ferrajoli (1999) y Littleton (1987)⁹ son necesarias para lograr la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian e impedir la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. Partir de la igualdad formal, del no reconocimiento de la diferencia sexual, de la adopción de un paradigma masculino, no cuestionar la dicotomía público/privado y no reconocer el papel del derecho en la creación de la exclusión implica desconocer las experiencias de las mujeres y por ello:

a) Se conceptualiza el embarazo como una enfermedad laboral, una incapacidad laboral transitoria, estigmatizando como una anomalía una situación normal para las mujeres;

b) No se reconoce que privar a las mujeres del derecho al aborto libre es una violación de su autonomía;

c) No consideran que determinadas violaciones de los derechos de las mujeres sean violaciones de derechos humanos, por no suceder en el ámbito público o no ser producidas por un agente estatal, como sucede cuando se califica la violencia machista en pareja como un asunto privado, la mutilación genital femenina o el matrimonio forzado como un tema cultural, o se considera que las trata de mujeres para la explotación sexual no tiene una motivación política sino meramente económica;

d) En relación con el DIPR, la aplicación de estos postulados se traduce en la falta de reconocimiento de las mujeres como refugiadas o beneficiarias de protección

⁹ El tercer modelo del enfoque asimétrico que Littleton propone es el modelo de la aceptación (*acceptance*). Este modelo reconoce la diferencia sexual sin entender que ésta sea problemática *per se*, sino que lo que resulta más bien problemática es la manera en la que se gestiona esta diferencia. Este modelo se centra en la manera en que las diferencias son permitidas para justificar la desigualdad y parte de que las diferencias son una cuestión de relaciones y no de personas, y son creadas por la acción o interacción social en el marco jurídicamente establecido como legítimo.

subsidiaria, al no considerar determinados tipos de violencia prototípicamente sufrida por ellas como persecución, elemento básico integrante de la definición de personas refugiada, o como tortura o pena o trato inhumano o degradante, requisito para que una persona pueda ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria.

En definitiva, si seguimos los postulados del feminismo liberal, reconducimos determinadas cuestiones vinculadas con la identidad femenina a la experiencia masculina (embarazo, aborto y violencia contra las mujeres), es decir, aplicamos el principio de igualdad entre hombres y mujeres como una cuestión de diferencia de las mujeres en lugar de como una cuestión de poder y subordinación de las mujeres, que se resuelve a favor del reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres si éstas son similares a las violaciones de derechos humanos de los hombres, dejando sin protección aquellas violaciones de los derechos humanos de las mujeres en las que no existe un referente masculino con el que compararlas. Y esto es precisamente lo que actualmente sucede con el DIDH y con el DIPR, y es este modo de interpretar las normas lo que intento superar para conseguir una interpretación de las normas más eficaz para erradicar la subordinación de las mujeres. El marco teórico del feminismo liberal no me proporciona dicha posibilidad.

He elegido posicionarme en el marco del feminismo crítico y, dentro de éste en los feminismos postcoloniales, aunque sin renunciar a algunos postulados del feminismo de la perspectiva, en concreto del feminismo del *empowerment* de MacKinnon. Los aspectos del feminismo del *empowerment* que comparto son los siguientes:

a) Que la igualdad no es una cuestión de diferencia (*enfoque dominante*, el del feminismo liberal) sino un tema de dominio y de poder (*enfoque del dominio*, Mackinnon, 1984, Charlesworth, 1994). El problema de las mujeres no es un problema de discriminación sino de subordinación, y si el problema es la subordinación, entonces se trata de una cuestión de poder y no de diferencia¹⁰. Dar una respuesta en clave de

¹⁰ Charlesworth (1994) sostiene que el fundamental problema con el que se enfrentan las mujeres no es un tratamiento discriminatorio respecto de los hombres, aunque esto sí constituye una manifestación

igualdad y de diferencia a la cuestión de género, como hace el feminismo liberal, presupone que la diferencia existe, después es dotada de significado y, finalmente, se crean sistemas de dominio. Es importante entender que las cuestiones de igualdad son cuestiones de poder y en qué medida el derecho participa de este poder y puede transformarlo o no. Por ello no se trata de luchar contra la discriminación sino contra la subordinación. Consecuentemente, la erradicación de las barreras formales, objetivo central del feminismo liberal, es un remedio inadecuado porque no resuelve el problema de fondo que es la opresión de las mujeres, y las medidas antidiscriminatorias no son suficientes ya que sólo sirven para proteger a las mujeres si son como los hombres. El principio de igualdad no se agota en la prohibición de discriminación sino que incluye la prohibición de subordinación por razón de sexo, va más allá de la igualdad formal y la lucha por la igualdad es una lucha por el poder, además de ser una lucha por los derechos (Barrère, 1997, Mestre, 2006, 2008); y

b) El poder, el derecho y el método jurídico son masculinos. Para comprender la masculinidad como poder hay que tener en cuenta que la masculinidad está vinculada a un tipo de conocimiento y no a una manera de ser. El conocimiento viene definido o determinado por la experiencia masculina que es la que da sentido a la realidad sexual y social, conecta el que es con la perspectiva de quien mira. El derecho es masculino tanto en una vertiente sustantiva como formal. En su vertiente sustantiva, el derecho es masculino porque, bajo su pretensión de objetividad, refleja la realidad masculina, la experiencia masculina de la vida, excluyendo a las mujeres como sujetos de derechos. Formalmente, el conocimiento derivado de la masculinidad es hegemónico y excluyente y proclama la objetividad de aquello que construye mediante los métodos de conocimiento propios, y la imparcialidad que da por buena esta objetividad enmascara la falta de poder de algunos grupos y los intereses de los poderosos. El método jurídico se identifica con la objetividad y la imparcialidad y, a su vez, con

de un problema más amplio. Las mujeres se encuentran en una situación de inferioridad porque carecen de poder tanto en la esfera pública como privada, y la legislación internacional de derechos humanos, al igual que otras construcciones económicas, sociales, culturales y legales, refuerza esta falta de poder.

núcleos de opresión. Por lo tanto, cuanto más objetivo e imparcial sea el derecho, será también más masculino y opresor¹¹.

Cuestionar la neutralidad del sujeto de las normas y la objetividad y la imparcialidad de la aplicación del derecho supone un intento por acabar con el dominio y, de este modo, el derecho se puede reformular de manera que incluya la mirada de las mujeres, hasta ahora ausente, poniendo nombre a sus experiencias como parte de la estrategia para acabar con el dominio patriarcal (acoso sexual, pornografía y violación, violencia machista en pareja y mutilación genital femenina, trata de mujeres para la explotación sexual, esterilización forzosa, etc.) (Mackinnon, 1995).

Una vez expuestos los aspectos del feminismo del *empowerment* que comparto, voy a poner de manifiesto las razones por las que sitúo este estudio dentro de los feminismos críticos, en concreto, dentro de los feminismos postcoloniales. Como interrogante de esta investigación me he planteado si el DIDH da una respuesta adecuada a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Este interrogante se reproduce al abordar el análisis del DIPR, en concreto mujeres de diferentes contextos culturales y socio-económicos, diferentes razas o etnias o diferente orientación e identidad sexual que solicitan protección internacional (refugio o protección subsidiaria) fuera de su país de origen, es decir, si las violaciones de los

¹¹ La masculinidad del método jurídico también fue puesto de manifiesto por los trabajos llevados a cabo por Carol Gilligan al afirmar que hay dos tipos de razonamientos legales, uno masculino vinculado con la “ética de la justicia” (tendente a razonar sobre la base de principios generales, derechos y jerarquía de valores) y otro femenino asociado a la “ética del cuidado” (tendente a razonar de un modo más relacional y contextual), modos de razonar no excluyentes sino complementarios. La investigación llevada a cabo por Gilligan entre jóvenes puso de manifiesto que las mujeres, cuando se les planteaba un problema hipotético en el que había que resolver un dilema moral, daban una respuesta diferente a la que daban los hombres (Gilligan, 1982: 25-51). Las chicas tendían a invocar la “ética del cuidado” y ver la solución en términos de relaciones, responsabilidad, cuidado, contexto y comunicación, mientras que los chicos basaban su razonamiento en una “ética de derechos”, en la justicia, analizando el problema planteado en términos de bien/mal, lógica, racionalidad, ganadores/perdedores, e ignorando el contexto y las relaciones (Gilligan, 1982: 164-174). La teoría psicológica tradicional considera este modo de razonamiento masculino más avanzado que el femenino. El trabajo de Gilligan, pese a las críticas recibidas de esencializar una determinada identidad femenina, sirve para realizar una crítica analítica del razonamiento legal que pretende ser un razonamiento abstracto y objetivo. Si el razonamiento legal sólo reproduce el razonamiento masculino, su objetividad y autoridad queda reducida.

derechos humanos de las mujeres son reconocidas como persecución o tortura o pena o trato inhumano o degradante a los efectos de ser reconocidas como refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria.

El feminismo crítico o *proyecto de reconstrucción teórica y social* (Gross, 1986 y Mestre, 2006) amplía el sujeto y el objeto del proyecto emancipador del feminismo. En su vertiente jurídica analiza en qué medida y de qué formas el discurso jurídico contribuye a la construcción de las identidades sociales e individuales como una cuestión de poder, es decir, analiza el papel del derecho en la construcción identitaria, más que analizar cómo se aplica el derecho a sujetos que ya tienen una identidad, como hacía el feminismo liberal.

La ampliación del objeto supone ir más allá del proyecto antisexista (que incluiría las dos etapas anteriormente expuestas, el feminismo liberal y el feminismo de la perspectiva) para incluir otros sistemas de dominio y sumisión más allá del sexo, como la raza, la clase, la etnia, la situación socioeconómica, la edad, el estado civil, la orientación sexual etc. Podríamos hablar de la institucionalización de la diferencia dentro del discurso feminista (Mohanty, 1998). En la inclusión de otros sistemas de opresión se tiene en cuenta que éstos se cruzan e interrelacionan y que la tarea de los feminismos es erradicar la ideología de dominación que subyace en la cultura occidental así como un compromiso para reorganizar la sociedad (Bell Hooks, 1987). Al analizar los diferentes sistemas de exclusión, hay que tener en cuenta que no puede realizarse un análisis yuxtapuesto de distintos sistemas de exclusión al estilo de *add women and stir* (Sapiro, 1998, Mestre, 2006, Mohanty, 2003, Spelman, 1988, Merino, 2012b). Según Añón (2009: 12) “esta perspectiva ha incorporado las cuestiones de género a los paradigmas científicos dominantes, prácticamente en todas las áreas de conocimiento, pero con escasa o nula modificación de éstos”. Por ello no es suficiente añadir un nuevo sistema a un marco de análisis preestablecido sino que es necesario crear uno nuevo.

En lo que se refiere a la ampliación del sujeto del feminismo como proyecto emancipador, el feminismo crítico supera la dicotomía hombre/mujer, es decir, los dualismos, negando tanto su sexualización como su jerarquía, proponiendo ir más allá

de conceptos esencialistas y visiones dicotómicas. La propuesta consiste en pensar en términos de alianzas, coaliciones, estrategias conjuntas y prácticas solidarias amplias y complejas para acabar con todos los sistemas de opresión de las mujeres en todas sus versiones (Fraser y Nicholson, 1990, Mohanty, 2003), sin que pueda hablarse de una idea unitaria de mujer: se parte de admitir la diversidad entre las mujeres, las identidades fragmentadas (Harding, 1996)¹² o las posiciones de sujeto (Mouffe, 1993)¹³.

La ampliación del proyecto feminista es en gran medida resultado de las críticas realizadas al feminismo occidental por parte de los feminismos poscoloniales (feminismos de la diversidad: feminismo islámico, feminismo negro, feminismo indígena, etc.) que tildan al feminismo occidental de etnocéntrico y racista, acusándole de apropiarse de la categoría “mujer”, de homogenizar la identidad de las mujeres sobre la base del sexo y de producir una reducción del conglomerado de estructuras de dominación, haciendo de la sexual la determinante (Suárez Navaz, 2008). Así por ejemplo, Harris (1990) sostiene que la teoría feminista del derecho, con su concepción unitaria de mujer, intentado hablar por todas, ha silenciado las voces de aquellas a quienes se les ha prohibido hablar o han sido ignoradas cuando han hablado, incluidas las mujeres negras. Esta voz que pretende hablar por todas, es una voz autoritaria y coercitiva. “Tanto dentro de la teoría feminista del Derecho, como dentro de la cultura dominante, las que pretenden hablar por todas nosotras, son en su mayoría blancas, heterosexuales y económicamente privilegiadas” (Harris, 1990:239). También Coomaraswamy (1994, 1998) ha cuestionado el intento de universalizar una manera determinada de entender el feminismo, acusando al feminismo de mujeres blancas y de países occidentales de no ser apropiado por dar por supuesto que sus preocupaciones son idénticas a las de todas las mujeres en todas las partes del mundo. Y esto, obviamente, no es así.

¹² En el mismo sentido, Rhode (1990) niega la existencia de una *condición de mujer uniforme*.

¹³ Las posiciones de sujeto nos permiten ver cómo determinadas identidades nacen de experiencias específicas, es decir, son productos de procesos históricos concretos, lo cual implica que una categoría determinada se articulará con las otras de forma diferente de conformidad con los procesos propios, con lo que no se puede garantizar la centralidad de ninguna de ellas en los diferentes casos.

El feminismo occidental comenzó como una demanda del derecho de las mujeres a ser tratadas igual que los hombres, máxima del feminismo liberal. Esta demanda no siempre tiene la misma atracción para las feministas no occidentales. Por ejemplo, la preocupación para las feministas occidentales sobre el derecho al aborto no tiene importancia para las feministas no occidentales que viven en países en donde se les niega el derecho a tener descendencia (Nicholson, 1994). Pensemos por ejemplo en la política de un solo hijo vigente en China. Pongamos otro ejemplo: en la década de los setenta, en contraste con las demandas de las feministas blancas de clase media que pedían el desmantelamiento de la institución de la familia nuclear por ser un elemento clave en la opresión de la mujer, las feministas indígenas y afro-americanas argumentaban que para ellas la libertad consistía en poder formar una familia, puesto que la larga historia de esclavitud, genocidio y racismo había operado precisamente rompiendo sus comunidades y familias (Mahmood, 2008). La propuesta de estos feminismos surgidos desde los márgenes consiste en diversificar y complejizar el sujeto femenino, teniendo en cuenta la importancia del racismo en la invisibilización de los intereses de las mujeres negras y del Tercer Mundo¹⁴. Suárez Navaz se refiere a esta tarea como descolonizar¹⁵ el feminismo. Frente al etnocentrismo del feminismo occidental dominante, las voces y experiencias de las mujeres excluidas empujan

¹⁴ En este trabajo voy a utilizar los términos Primer y Tercer Mundo pese a ser consciente de que se trata de términos problemáticos, tal y como sostiene Mohanty (1984), tanto al sugerir una similitud sobre simplificada entre las naciones así denominadas, como al reforzar implícitamente las jerarquías económicas, culturales e ideológicas existentes ligadas al uso de tal terminología. Sólo es posible definir al “Tercer Mundo” como subdesarrollado y económicamente dependiente desde el punto privilegiado del “Primer Mundo”. Sin el discurso sobredeterminado que crea al Tercer Mundo, no habría un (singular y privilegiado) Primer Mundo. Al igual que Mohanty, utilizo en este estudio el término “Tercer Mundo” con total conocimiento de sus problemas, y únicamente porque ésta es la terminología a nuestra disposición en este momento. Por lo tanto dicho término siempre se usa en un sentido crítico.

¹⁵ Mohanty (1984) pone de manifiesto la variedad de fenómenos que denota el término “colonización”. Desde su valor analítico como categoría de intercambio económico de explotación, tanto en el marxismo tradicional como en el contemporáneo, hasta su uso por mujeres feministas de color en los Estados Unidos para describir la apropiación de sus experiencias y luchas por los movimientos hegemónicos de las mujeres blancas. El término “colonización” se ha utilizado para caracterizar desde las más evidentes jerarquías económicas y políticas hasta la producción de un discurso cultural particular sobre lo que se llama “Tercer Mundo”. Sin importar cuán sofisticado sea su uso como construcción explicativa, la colonización, en casi todos los casos, implica una relación de dominio estructural y una supresión, muchas veces violenta, de la heterogeneidad del sujeto o sujetos en cuestión.

desde diferentes frentes para que el proyecto intelectual y político del feminismo se descolonice, se democratice y consiga crear las coaliciones, alianzas, la “hermandad” (*sisterhood*) necesaria para apoyar procesos transformadores para las mujeres y los hombres de las comunidades empobrecidas y minusvaloradas del sur que, en algunas situaciones, se ven obligadas a abandonar sus países de origen o de residencia habitual por tener un temor fundado de sufrir persecución y solicitar protección internacional en un tercer país.

Hernández Castillo (2002) destaca algunas reflexiones metodológicas de los feminismos poscoloniales. Una de las tareas metodológicas de estos feminismos es *historizar y contextualizar las formas que asumen las relaciones de género para evitar el universalismo feminista*. Mediante sus críticas, las feministas poscoloniales se han enfrentado a los discursos universalizantes de algunos feminismos académicos con trabajos antropológicos históricamente situados (Haraway, 1988) que parten de las experiencias y necesidades de las mujeres blancas del primer mundo como perspectiva generalizadora de las relaciones de género, exotizando o silenciando a aquellas mujeres cuya experiencias de subordinación están marcadas por la raza y la clase. Con sus críticas a los esencialismos feministas, las académicas poscoloniales nos muestran que estas perspectivas universalistas del patriarcado y de las mujeres no sólo hacen “representaciones erróneas” de las mujeres que no comparten las características de las “normas de género” que se presumen, sino que se trata de discursos con efectos de poder que colonizan la vida de las mujeres. Siguiendo con Hernández Castillo (2002), otras de las tareas de los feminismos poscoloniales consiste en *considerar la cultura como un proceso histórico para evitar los esencialismos culturales*. Las representaciones estáticas, ahistóricas de las culturas como entidades homogéneas de valores y costumbres compartidas al margen de las relaciones de poder, da pie a fundamentalismos culturales que ven en cualquier intento de las mujeres por

transformar prácticas que afectan a sus vidas, una amenaza para la identidad colectiva del grupo¹⁶.

Mohanty (1984) examina las presunciones que nos muestran cómo funciona ese discurso colonizador al contribuir a la creación de las “mujeres del tercer mundo” como un bloque indiferenciado: a) Se parte de la presunción de “mujeres” como grupo ya constituido y coherente, con intereses y deseos idénticos sin importar la clase social, la ubicación o las contradicciones raciales o étnicas; b) Se parte de una noción de diferencia sexual o de género, o incluso una noción de patriarcado, que puede aplicarse de forma universal y a todas las culturas; c) La carencia crítica con la que se presenta la “evidencia” que sustenta la universalidad y la validez para todas las culturas; y d) El modelo de poder y la lucha que implican o sugieren, asumiendo una noción homogénea de la opresión de las mujeres como grupo que, a su vez, produce la imagen de una “mujer promedio del Tercer Mundo”.

Esta mujer promedio del Tercer Mundo lleva una vida esencialmente truncada debido a su género femenino (léase sexualmente constreñida) y a su pertenencia al Tercer Mundo (léase ignorante, pobre, sin educación, limitada por las tradiciones, doméstica, restringida a la familia, víctima, etc.). Esto contrasta con la autorrepresentación (implícita) de la mujer occidental como educada, moderna, con el control de su cuerpo y su sexualidad y con la libertad de tomar sus propias decisiones (Mohanty, 1984: 126).

¹⁶ No hay que partir de un concepto de cultura monolítico y ahistórico, ni entender la cultura como algo dado o natural, sino algo creado y construido que abarca desde instituciones y acuerdos políticos, económicos, sociales, de comunicación y educativos, hasta ideologías, creencias, religiones, filosofías y otras formas de pensar, incluidas las prácticas y costumbres familiares (Tripp, 2002). La cultura es un concepto histórico, cambiante y hay que reflexionar sobre quiénes tienen el poder para determinar qué partes de una cultura puede cambiar sin afectar a la identidad cultural de un grupo y qué partes no pueden cambiar. Según Tripp, los que defienden prácticas culturales que afectan a las mujeres en nombre de la preservación de su identidad religiosa, étnica o cultura, muchas veces buscan proteger también ciertos intereses políticos o económicos, preservar el *status quo* y el conjunto de relaciones de poder ligados a determinadas prácticas. Esto no quiere decir que la preservación cultural y la importancia de la identidad no sean reales, sino que están ligadas a un contexto económico y político más amplio que afecta a su sustentación. Eso significa que las prácticas que dañan a las mujeres deben considerarse como un problema político, y ser tratadas por actores políticos dentro de la sociedad. No es necesario que las estrategias sean en sí abiertamente políticas. La educación, por ejemplo, puede ser un mejor método inicial, en algunos casos, que la lucha por reformas legales.

Esta actitud paternalista hacia las mujeres del Tercer Mundo y estas distinciones son posibles gracias a que se ha privilegiado a un grupo particular como la norma o el referente: las mujeres occidentales. Mohanty pone de manifiesto el peligro que se corre al hacer generalizaciones asumiendo por ejemplo, que la sola práctica de velar a las mujeres en varios países musulmanes indica su opresión a través de la segregación sexual; o la utilización de conceptos tales como la reproducción, la división sexual del trabajo, la familia, el matrimonio, el hogar, la dicotomía público/privado, el patriarcado sin especificar los contextos culturales e históricos locales. Al poner de manifiesto el peligro de estas generalizaciones, no pretende ir en contra de todo tipo de generalizaciones sino propugnar que deben llevarse a cabo generalizaciones cuidadosas e históricamente específicas que respondan a realidades complejas.

Llevar a cabo generalizaciones histórica y geográficamente específicas y contextualizadas en relación con las mujeres que solicitan asilo nos permitirá entender mejor, entre otras cosas, que algunas mujeres no manifiesten haber experimentado algún tipo de violencia sexual si las entrevista un varón o en presencia de sus familiares masculinos por el temor de ser culpabilizadas de dicho acto, estigmatizadas o repudiadas por su familia; que algunas mujeres desconozcan que haber experimentado violencia sexual u otros tipos de violencia contra las mujeres sea una razón por la que pueden solicitar asilo; que algunas mujeres tengan mayores dificultades que otras para conseguir un pasaporte con el que poder viajar legalmente a un tercer país en el que pedir protección internacional, o mayores dificultades para abandonar su país de origen por la existencia de normas o costumbres sociales que les impidan viajar sin compañía masculina; que mujeres con menor acceso a la educación van a tener mayores dificultades para expresar sus experiencias de persecución, sin que ello deba repercutir negativamente en su credibilidad, etc.

Institucionalizando las diferencias entre las mujeres a nivel de discurso y de análisis feminista, se da una nueva perspectiva al proyecto feminista (Mestre, 2006), evitando un problema conceptual de todos los feminismos estudiados hasta ahora, cual es el peligro de caer en el esencialismo al asumir que todas las mujeres tienen similares atributos y experiencias, ignorando la influencia que otras variables como la

raza, clase, riqueza y la preferencia sexual puede tener en la posición de las mujeres (Spelman, 1988). De este modo se hacen visibles para el DIDH y el DIPR la diversidad existente de las experiencias de las mujeres y se facilita el reconocimiento de las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos, por tanto, se facilita el reconocimiento de las mujeres como refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria.

Pese a la institucionalización de las diferencias de las mujeres podemos seguir hablando de “mujeres” o “grupo de mujeres” en un sentido específico, el propuesto por Nicholson (1994) en su teorización sobre el concepto *mujer*. Nicholson pone de manifiesto la necesidad de comprender las pautas sociales de género que incapacitan a las mujeres para entender su circunstancia en términos no idiosincrásicos, sino en términos colectivos, de un modo distinto y más complejo, prestando especial atención a su historicidad. Para ello plantea la posibilidad de sustituir el estudio de la mujer como tal por el estudio de la mujer en contextos concretos. Define el concepto mujer (1994: 76) como “un mapa en el que se entrecruzan las semejanzas y las diferencias. En ese mapa el cuerpo no desaparece; por el contrario, se convierte en una variable histórica específica, cuyo valor y significado se reconoce como un hecho potencialmente diferente cuando varía el contexto histórico”. Tal y como señala la propia Nicholson, alguien puede ver en esta propuesta un ataque al propio feminismo pues se le puede hacer la pregunta de “cómo elaborar una política feminista a partir de la palabra *mujer* si no poseemos algún criterio común en cuanto a su sentido, a no ser que la política feminista no necesite que la categoría *mujer* posea un significado concreto” (1994: 74). Nicholson afirma que una política feminista no necesita que el término *mujer* posea un significado concreto, si entendemos la política feminista como “el camino que recorren juntas aquellas que pretenden luchar por las necesidades de las mujeres [...] la coalición política de este movimiento se formularía [...] como una lista de reivindicaciones que asumen las distintas necesidades de los grupos que la forman, articuladas de un modo abstracto para abarcar la diversidad, o como las reivindicaciones concretas de grupos diversos temporalmente unidos” (1994: 77-78). Si una determinada política feminista aspira a hablar desde una determinada comprensión de lo que es ser mujer, debe considerarlo como “un acto político y por

eso mismo provisional, abierto a los cambios que otros pudieran aportar [...] Asumir el carácter político de dichas ideas significa, naturalmente, abandonar la esperanza de incluir en ellas una fácil determinación de lo que es la mujer y de cuáles son sus intereses” (1994:78).

Enmarco esta investigación dentro de los feminismos postcoloniales, porque considero que es la estrategia feminista que:

- a) en mayor medida contribuye a realzar las diferentes voces de las mujeres en toda su diversidad sin menoscabar su autoridad para hablar, huyendo de este modo de las críticas realizadas al feminismo de la perspectiva que, en su intento por “rescatar” valores femeninos tradicionalmente desprestigiados, esencializó una supuesta identidad femenina común a todas las mujeres en todas las partes del mundo que invisibiliza las diferencias entre las mujeres; y
- b) puede dar una mejor explicación a la discriminación que sufren las mujeres cuando se entrecruzan diferentes sistemas de dominio o exclusión como la raza, la etnia, o las desigualdades económicas y políticas, como sucede en el caso de las mujeres refugiadas. Se deja de prestar únicamente atención a la diferencia sexual, porque “aislando el género como fuente de opresión, se tiende a centrarse en la identificación de una verdadera identidad de las mujeres que subyace bajo la opresión y, por lo tanto, se esencializan sus características, lo que invisibiliza las diferencias entre las mujeres” (Bartlett, 1991: 386).

Los feminismos postcoloniales me proporcionan un marco teórico idóneo para explicar la ineficacia del DIDH y del DIPR para proteger los derechos de las mujeres, ya que retoma el tema de la igualdad de un modo mucho más complejo, integrando las ideas de igualdad como no discriminación y como no subordinación. Esto supone una superación del principio de igualdad previsto en la mayoría de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (enfoque dominante, enfoque liberal) que trata la igualdad de hombres y mujeres, no como una cuestión de poder y de dominio, sino como una cuestión de diferencia que se resuelve a favor del reconocimiento de las violaciones de los derechos de las mujeres únicamente cuando son similares a las que sufren los hombres, dejando sin protección aquellas violaciones

de los derechos de las mujeres en las que no existe un referente masculino con el que compararlas. Además me permite un análisis feminista alternativo del DIDH y del DIPR que tiene en cuenta la perspectiva del Feminismo del Primer y del Tercer Mundo (Mohanty, 1984), reorientando e incluyendo los problemas de las mujeres más oprimidas, como las mujeres que ven violados sus derechos humanos, sufren algún tipo de persecución y solicitan que se reconozca su necesidad de protección internacional.

2. Género

Las teorizaciones feministas suponen un esfuerzo por buscar herramientas analíticas que ayuden a la tarea de desnaturalizar a las mujeres. Dos de estas herramientas son el concepto de *género* y el de *experiencias de las mujeres*. Ambas tienen la capacidad de apuntar hacia interpretaciones alternativas de la realidad que envuelve a las mujeres.

El término género es complejo y controvertido ya que puede ser interpretado de distintas formas y ha ido evolucionado durante las últimas décadas. Por ello es necesario explicar de qué concepto de género parto. Cuando utilizo el término género pretendo distanciarme de su acepción más simple en la que se utiliza como sinónimo de mujeres. Tal y como sostiene Scott (1990), en los últimos años cierto número de libros y artículos sustituyeron en sus títulos *mujeres* por *género*. En estos casos se utiliza el término género en la medida que suena más neutral y objetivo que *mujeres*. Resulta menos problemático utilizar la palabra “género” que hablar de política del feminismo. Utilizar esta acepción de *género* no comporta una declaración necesaria de desigualdad o poder, no nombra a las mujeres y de este modo despolitizamos a las mujeres como sujeto.

Dentro del esfuerzo llevado a cabo por las teorizaciones feministas por desnaturalizar a las mujeres, Simone de Beauvoir (1949) en *El segundo sexo*, reflexiona en torno a lo que es biológico y lo que es cultural en la situación de inferioridad que padecen las mujeres para concluir que llegar a ser mujer es el resultado de un complejo proceso de socialización, descartando de este modo todo tipo de esencialismo biologicista. Desde este punto de partida, dentro de la teoría feminista,

surgieron movimientos constructivistas que empezaron a afrontar la diferencia sexual sin partir de una esencia derivada del hecho de ser mujer.

Una de las construcciones teóricas con mayor repercusión surgida en la década de los años setenta fue el *sistema sexo/género* de Gayley Rubin (1975) mediante el que la autora pretende dar cuenta del entramado anatómico-cultural que se esconde en las relaciones sociales de dominación y en donde el *género* se define como todo el conjunto de elementos socioculturales que, diseñados en un momento histórico concreto, se inscriben en el cuerpo *natural*, el sexo. Esta definición de Rubin, pese a la importancia que tuvo por poner de manifiesto lo cultural en el proceso de dominación de las mujeres, no logra superar los dualismos ya que se fundamenta en una nueva dicotomía, la que opone el sexo al género, cuando caracteriza al sexo como lo relacionado con lo biológico y al género con lo social, es decir, tiende a esencializar las categorías masculino y femenino. Y esta polaridad no hace más que reproducir la oposición naturaleza-cultura y el dualismo cuerpo-mente que han marcado el pensamiento occidental desde sus orígenes (Olsen, 2000) en donde el cuerpo es una especie de espacio natural en el que se construye la cultura (Tubert, 2003, Adán, 2006): el cuerpo como el *perchero biológico* a lo que se añade lo cultural (Nicholson, 1994). Esto no hace más que “ontologizar la diferencia sexual fundamentándola en una naturaleza distinta que, al mismo tiempo, jerarquiza los términos de la dicotomía” (Adán, 2006: 223-224).

Esta polaridad, por un lado supone que esta oposición corresponde a una diferencia real, aunque es producto de una operación cultural que establece artificialmente límites dentro de un continuo; por otra, se desconoce que es posible distinguir en el sujeto aquello que resulta de su condición biológica y aquello que ha sido generado por su formación en el seno de un universo humano, lingüístico, cultural (Tubert, 2003: 8).

El sistema sexo/género de Rubin se limita a desnaturalizar a las mujeres sin explicar por qué se produce su sumisión ni cómo funcionan las relaciones de poder que permiten mantener el *status quo* de subordinación de las mujeres. El término género se utiliza como un término meramente descriptivo de la organización social que, si bien parte de que las relaciones entre los géneros son sociales, “nada dice acerca de

por qué esas relaciones están construidas, cómo lo están, cómo funcionan o cómo cambian, y que carece, por tanto de capacidad analítica para enfrentar (y cambiar) los paradigmas históricos existentes” (Scott, 1990: 29). Describir el género en estos términos explicativos (sexo correspondiente al plano biológico y género como producto de la construcción socio-cultural) nada dice de las diversas formas en que se construye la diferencia entre los sexos a través de las prácticas y discursos sociales en diversos contextos espaciales y temporales, ni de las distintas formas que asumen las relaciones de poder entre hombres y mujeres (Tubert, 2003).

Judith Butler (1990) rompe con esta oposición entre sexo y género. Sostiene que si aceptamos que el sexo no se reduce a ser una entidad anatómica, cromosómica, hormonal, supuestamente natural, sino que la dualidad de los sexos se establece a través de una historia, de una genealogía que presenta las oposiciones binarias como una construcción variable, y que los hechos supuestamente naturales del sexo se producen por medio de discursos científicos al servicio de otros intereses políticos y sociales, habremos de concluir que la categoría sexo es una construcción cultural en la misma medida que el género y, por lo tanto, la diferencia sexo/género pierde su significación. De este modo, el sexo y el género dejan de ser términos complementarios ya que el sexo queda integrado en el género.

En concordancia con el enfoque feminista del derecho que he adoptado, los feminismos postcoloniales, busco un concepto de género que:

- a) sea capaz de explicar cómo el derecho, en tanto que discurso social, construye la diferencia (sexual y otras);
- b) vaya más allá de la construcción binaria de los sexos, que no esencialice determinadas identidades ya que “articulando la diferencia genérica como universal (lo masculino frente a lo femenino) se hace muy difícil explicar las diferencias entre las mujeres y sus diversas situaciones y experiencias de opresión” (Lauretis, 2000: 34). O sea, un concepto de género que permita la posibilidad de tener en cuenta identidades plurales de sujeto (Campillo, 2003);

c) que comprenda no sólo el sexo sino también la clase, la raza, la situación socio-económica, la religión, etc. (Scott, 1990), como determinantes de las relaciones de poder entre hombres y mujeres (Molina, 2003), ya que si se pone el acento únicamente en la diferencia sexual, esta diferencia acaba por ser *la Diferencia* de la mujer con respecto del hombre (que se tomará como punto de referencia), situando así el pensamiento crítico feminista dentro de los mismos términos dicotómicos del patriarcado occidental (Lauretis, 2000).

Es necesario utilizar el término género en un sentido crítico y rechazar la calidad fija y permanente de la oposición binaria hombre-mujer, lograr una historicidad y una deconstrucción genuina de los términos de la diferencia sexual. Y ello se logra partiendo del concepto de género como categoría analítica. Un concepto de género que sea por tanto compatible con la ampliación del sujeto y del objeto del proyecto emancipador del feminismo. Por este motivo cuando utilizo el término género, lo hago en el sentido en que es utilizado por autoras como Carme Adán (2006) y Joan Scott (1990): estrictamente como una categoría de análisis.

Adán (2006: 237) define el término género como “un conjunto de pautas heurísticas que tiene por característica fundamental iluminar una determinada área de investigación, es decir, el género es una categoría analítica que posibilita el diseño de nuevos marcos de trabajo, que incluyan todo un elenco de nuevas cuestiones, en las áreas de investigación en donde se aplica”.

En este mismo sentido, Scott (1990: 43) parte del concepto de género como una “tentativa de las feministas contemporáneas de reivindicar un territorio definidor específico, de insistir en la insuficiencia de los cuerpos teóricos existentes para explicar la persistente desigualdad entre mujeres y hombres”. En este estudio utilizo el género como herramienta analítica para evidenciar el sesgo androcéntrico del DIDH y del DIPR, razón de su alto grado de ineficacia para reconocer las violaciones de derechos humanos de las mujeres y sus necesidades de protección internacional.

Scott define el género, por un lado, como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y, por otro lado, como una forma primaria de relaciones significativas de poder.

En cuanto al género como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos, Scott (1990: 43-48) introduce cuatro aspectos determinantes:

1) los símbolos culturales disponibles que evocan representaciones múltiples y, a menudo, contradictorias¹⁷. Las preguntas interesantes son cuáles son las representaciones simbólicas que se evocan, cómo y en qué contextos;

2) los conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, en un intento de limitar y contener sus posibilidades metafóricas (doctrinas religiosas, educativas, científicas, jurídicas y políticas), que afirman categóricamente y unívocamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino. Estas declaraciones normativas dependen del rechazo o represión de posibilidades alternativas y, a veces, tienen lugar disputas abiertas sobre las mismas. La posición que emerge como predominante es expuesta como la única posible. La historia subsiguiente se escribe como si esas posiciones normativas fueran producto del consenso social más que del conflicto¹⁸. La intención de la nueva investigación histórica es romper la noción de fijeza, descubrir la naturaleza del debate o represión que conduce a la aparición de una permanencia intemporal en la representación binaria del género. Este tipo de análisis debe incluir nociones políticas y referencia a las instituciones y organizaciones que son el tercer aspecto de las relaciones de género;

3) El género no solo se construye a través de las relaciones de parentesco sino también a través de otras instituciones y organizaciones sociales como el mercado de trabajo (un mercado de trabajo segregado por el sexo forma parte del proceso de construcción del género), la

¹⁷ El ejemplo que incluye es el de Eva y María como símbolos de la mujer en la tradición cristiana occidental.

¹⁸ Ejemplo de esta clase de historia son los grupos religiosos fundamentalistas contemporáneos que han vinculado por la fuerza su práctica a la restauración del rol de las mujeres que se supone más auténticamente "tradicional", cuando de hecho hay pocos precedentes históricos para el desempeño indiscutible de tal papel.

educación (las instituciones masculinas, las de un solo sexo y las coeducativas forman parte de este mismo proceso de construcción del género), la política (el sufragio universal masculino es parte del proceso de construcción del género), y

4) la formación de las identidades subjetivas. Es necesario investigar las formas en las que se construyen esencialmente las identidades genéricas y relacionar estos hallazgos con una serie de actividades, organizaciones sociales y representaciones culturales históricamente específicas, es decir, es necesario pensar en la construcción de identidades de un modo más histórico. Ninguno de estos cuatro elementos opera sin los demás, aunque no operan simultáneamente de modo que uno sea simplemente el reflejo de los demás.

Esta parte de la definición de género me sirve para analizar cómo representa simbólicamente el derecho a las mujeres y cómo las normas jurídicas son una interpretación de estas representaciones simbólicas. Por ejemplo, si el derecho ve a las mujeres como madres, esposas, e instrumentos de procreación en lugar de verlas como “personas diferentes del varón con la misma capacidad para decidir sobre qué derechos deben ser protegidos y cómo” (Fries et al., 1999: 8), lo más probable es que la legislación no reconozca o ponga obstáculos para reconocer la autonomía de las mujeres sobre si llevar a cabo un embarazo o no, limitando el aborto al supuesto de que la vida del feto o de la madre corra peligro, privando a las mujeres de autodeterminación en materia reproductiva. Igualmente el concepto de género así entendido sirve para constatar el papel del derecho en la creación de las diferencias y en la formación de identidades subjetivas. Siguiendo con el ejemplo anterior sobre el aborto, mediante una legislación que penalice el aborto, el derecho está creando la diferencia entre la buena y la mala madre o esposa; mediante la legislación de extranjería, la ley está creando la diferencia entre personas nacionales y extranjeras y entre mujeres nacionales y mujeres extranjeras; exigiendo a las mujeres el consentimiento de su esposo para administrar sus bienes, el derecho identifica a las mujeres con una menor de edad o incapaz. Y la diferencia creada artificialmente por el derecho es asumida como parte de nuestra identidad. Según Añón (2009: 13) “el

derecho constituye un ámbito de primera importancia en la construcción del sistema social sexo-género, en tanto que modula la articulación de conductas de hombres y mujeres, contribuyendo a construir su identidad”.

La teorización del género por parte de Scott se lleva a cabo con la segunda acepción del término género que tiene por cometido el análisis del campo en el que se articula el poder. El proceso conlleva una develación de los modos de significarse recíprocamente género y poder. La aclaración de esta categoría supone la posibilidad de redefinir los viejos problemas en términos nuevos, esto es, cuando se introducen consideraciones sobre la familia, la sexualidad o el cuerpo, el estudio de las ciencias sociales en general se transforma. Aplicado a la revisión histórica significa que esta nueva historia dejará abiertas posibilidades para pensar en las estrategias feministas actuales y futuras, porque sugiere que el género debe redefinirse y reestructurarse en conjunción con una visión de igualdad política y social que comprende no solamente el sexo, sino también la clase y la raza.

Esta segunda acepción del término género propuesto por Scott me permite buscar interpretaciones alternativas a conceptos que subyacen en la base del DIDH y del DIPR que, tradicionalmente interpretados, limitan el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, teniendo en cuenta la heterogeneidad de las experiencias de las mujeres sin tomar como paradigma de lo humano la experiencia masculina, escuchando de este modo la voz de las mujeres en el discurso del DIDH y el DIPR.

3. Experiencias de las mujeres

Cuando utilizo el término experiencias de las mujeres, lo hago en el sentido utilizado por Chandra Talpade Mohanty quien se propuso desafiar las generalizaciones sobre la experiencia de las mujeres que, a su juicio, perpetuaban la invisibilidad de las mujeres de color.

Mohanty (1984) reflexiona sobre la teorización que se hace de la *experiencia* y critica su utilización como una categoría pura. Hablar de experiencia de las mujeres como si fuese algo unitario, presupone asumir que existe una esencia común a todas

las mujeres. Frente a aquellas que sostienen que las mujeres comparten una condición común que las constituye en un grupo homogéneo, cual es la de compartir una misma *experiencia de opresión* (la oposición de las mujeres al poder masculino y al androcentrismo y sus experiencias de violación, malos tratos y maternidad) que, a la vez, las constituye en víctimas, Mohanty (1998) sostiene que de este modo:

- a) la diferencia sólo puede ser entendida en términos de masculino/femenino;
- b) se presupone que esta experiencia de opresión y la oposición a esta opresión van vinculadas (ser mujer y ser feminista sería equivalente, o lo que es lo mismo, que todas las mujeres están oprimidas y que todas resisten), lo que Mohanty denomina la *tesis feminista de la osmosis*, y
- c) las mujeres son vistas siempre como opuestas a los hombres, el patriarcado como el invariable fenómeno de la dominación masculina, asumiendo que los sistemas jurídicos, religiosos, económicos y familiares son construidos por los hombres, negando a las mujeres la cualidad de agentes políticos.

La experiencia de ser mujer puede crear una ilusión de unidad, pero no es la experiencia de ser mujer sino el significado añadido al género por la raza, la clase y la edad en varios momentos históricos diferentes lo que tiene importancia estratégica. Para comprender las experiencias, éstas deben ser contextualizadas, interpretadas, teorizadas, identificadas y explicadas (Mestre, 2006, Hernández Castillo, 2002), es decir, las experiencias deben ser *teorizadas e históricamente interpretadas* para que puedan transformarse en la base de una solidaridad femenina¹⁹ y de lucha (Mohanty, 1998 y 2003). Si el feminismo intenta extraer *una sola voz*, “las experiencias y las voces diferentes pasan a ser *variaciones de una misma melodía*, una única identidad posible,

¹⁹ Mohanty (2003) aboga por una “solidaridad feminista” que tenga en cuenta tanto lo universal como lo particular (lo local), que tenga en cuenta tanto las micropolíticas de contexto, subjetividad y lucha como la macropolítica de los sistemas y procesos económicos y políticos globales, de modo que el feminismo occidental y el feminismo del Tercer Mundo no sean visto como antagónicos, sino que las “diferencias comunes” puedan ser la base de una solidaridad profunda afrontando las relaciones desiguales de poder entre las feministas. Hay que ver cómo las diferencias nos permiten explicar mejor y con mayor precisión las conexiones y los cruces de frontera, así como especificar la diferencia nos permite teorizar sobre problemas universales más integralmente. Y un modo de hacerlo es construyendo alianzas, coaliciones y solidaridades más allá de las fronteras.

la normalidad blanca” (Mestre, 2006: 165). Al contrario se trata de ir construyendo perspectivas que nos permitan entender y combatir los diferentes sistemas de opresión y de exclusión social (Harris, 1990, Mouffe, 1993, Mestre, 2006).

Esta misma multiplicidad y diferencia es la que está presente en la definición de *interseccionalidad* propuesta por Crenshaw (1989) que vendría a coincidir con el término de experiencia de las mujeres propuesto por Mohanty. “Partiendo del análisis de tres casos de discriminación laboral y el tratamiento judicial que han recibido, muestra como las pretensiones de las mujeres negras quedan desatendidas por no coincidir con las categorías previstas por la doctrina antidiscriminatoria americana: mujer blanca y hombre negro (Mohanty, 1998). En los casos judiciales que analiza, las mujeres querían que se reconociera la discriminación sufrida por ser mujeres negras, no por ser mujeres o por ser negras. Se puso de manifiesto que las mujeres negras estaban protegidas en la medida que sus experiencias coincidiesen con las de las mujeres blancas o con las de los hombres negros. Es decir el paradigma de la discriminación por razón de sexo tiende a ser el establecido por las experiencias de las mujeres blancas y el del modelo de la discriminación racial tiende a ser el de los hombres negros. Cada discurso se articula alrededor de una categoría u otra preestablecida, estática, esencial, dejando a las personas en las que se cruzan las dos sin voz y sin herramientas de lucha. Cada discurso construye al sujeto emancipatorio – mujeres o negros – precisamente frente y gracias a la construcción de un infra-sujeto – las mujeres negras- que quedan excluidas del proyecto (Mestre, 2006). La idea de *interseccionalidad* pone de manifiesto el hecho de que las mujeres que se encuentran en medio de dos grupos identitarios y políticos con agendas y preocupaciones diferentes ven siempre sus intereses desatendidos. El problema de las mujeres que combinan factores de exclusión no puede ser resuelto con su introducción en un marco de análisis preestablecido porque la interseccionalidad tiene otra dimensión diferente de la que resulta de sumar sexismo y racismo: es un tipo particular de subordinación (Crenshaw, 1989, Mestre, 2006). La interseccionalidad o *discriminación múltiple* según Merino (2012b) “no debe entenderse como una simple adición de las posiciones de subordinación que los sujetos ocupan, sino que se refiere a situaciones de discriminación específicas ocasionadas por adscribirse de forma simultánea a

grupos sociales en posición de desventaja”. La idea de interseccionalidad busca explicaciones multicausales de las opresiones conectadas. Quizá haya que entender cómo actúa el género y la raza por separado como exclusógenos, pero lo fundamental es analizar cómo actúan al cruzarse ambas circunstancias excluyentes (Mestre, 2006). Así no sería exacto decir que una mujer refugiada sufre una triple discriminación por ser mujer, por ser extranjera y negra, sino que la discriminación que sufre será una discriminación específica, nueva y distinta, producida por entrecruzarse diferentes sistemas de exclusión. Cada persona se encuentra inmersa en una diversidad de redes identitarias que le sitúan política y socialmente pero es posible modificar, negociar y configurar esta localización política y social (Mestre, 2006). Este enfoque interseccional es el adoptado en los últimos informes de la SRVAW²⁰.

En el presente estudio se utilizan tanto el concepto de género como el de experiencia de las mujeres por ser dos categorías que se ayudan, en cierta medida, operan en intersecciones constantes. “Tienen una relación de resignificación recíproca, en la que la experiencia de las mujeres goza de un estatuto más amplio que el género porque explica lo que es ser mujer cuando el género intersecciona con toda la multiplicidad de variables en una geografía social concreta” (Adán, 2006:227). Por medio del término experiencia visibilizamos cómo, en un determinado momento histórico, actúa el género cuando se combina con otros factores de exclusión como la raza, la situación socioeconómica, la edad, la orientación sexual, etc. De este modo la noción de “experiencias” nos permite abordar tipos particulares de subordinación de las mujeres y no una subordinación universal tras-histórica. La experiencia viene a “situar”, a concretar en cada contexto cultural, geográfico y temporal cómo se constituyen las relaciones sociales y de poder.

²⁰ *15 Years of the United Nations Special Rapporteur on Violence against Women (1994-2009)-A Critical Review*. La Reportera Especial ha enfatizado la necesidad de responder a formas de discriminación agravadas reconociendo los múltiples factores de discriminación que sufren por ejemplo mujeres migrantes, mujeres solicitantes de asilo que sufren persecución por motivos de género, mujeres refugiadas, mujeres que han contraído el VIH/SIDA, etc.

4. Dicotomía público-privado

Ya hemos visto anteriormente con Olsen (2000) como desde el surgimiento del pensamiento occidental, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno a series completas de dualismos o pares opuestos que dividen las cosas en esferas contrastantes o en polos opuestos. La dicotomía público/privado es uno de estos dualismos.

Uno de los principales conceptos jurídicos que configuran el DIDH y el DIPR y dificultan el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y su reconocimiento como refugiadas o como beneficiarias de protección subsidiaria es la dicotomía público/privado. Muchas de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres se producen en el ámbito privado y por un agente no estatal frente a las violaciones de derechos humanos de los hombres que, mayoritariamente, se produce en el ámbito público y por un agente del Estado. Al tener el derecho un sesgo androcéntrico, las violaciones de los derechos humanos de los hombres y la persecución de éstos en la esfera pública por un agente estatal se erigen como paradigma en el DIDH y en el DIPR. En estas violaciones de derechos humanos de los hombres, el Estado es responsable porque se producen en el ámbito público y porque quien viola dicho derecho es un agente estatal. Las violaciones de los derechos de las mujeres se reconducen a la experiencia masculina que se establece como normativa.

Veamos con Mestre (2006) cómo surge esta dicotomía. La modernidad supone la ruptura de las sujeciones vigentes en el antiguo régimen feudal y se construye sobre un orden jurídico basado en la primacía de la ley, la igualdad formal y la generalización de las relaciones mercantiles. La Ilustración viene a dar soporte teórico e ideológico a este nuevo orden moderno que es el orden burgués que irracionaliza las relaciones y sujeciones del antiguo régimen con la ayuda de las teorías del contrato social, modelos justificativos de este nuevo orden. Estas teorías del contrato social contribuyen a la creación de una nueva subjetividad: el individuo libre y autónomo sobre el cual edificar este nuevo orden. Pero la libertad y la igualdad masculina de este nuevo orden social toman sentido en la medida en que se produce la sujeción femenina (Pateman, 1989).

El pensamiento político ilustrado y liberal descansa sobre la base del contractualismo: interpretar el origen de las instituciones sociales y políticas como fruto de un pacto entre seres humanos iguales. Para ello se recurre a la ficción del contrato social: los individuos libres e iguales deben consentir en ser gobernados por otros. La firma del contrato social se encuentra en el origen de la sociedad civil y del Estado. Estas instituciones sociales y políticas son creadas para garantizar los derechos y las libertades a los individuos en la esfera pública. Esta es la historia del contrato social pero esta historia es una historia parcial que oculta que la esfera pública se construye sobre una determinada concepción de la esfera privada que, además es necesario que exista con carácter previo a la esfera pública. Esta es la historia del *contrato sexual* por el que los hombres pactan la sujeción de las mujeres y su exclusión de la esfera pública, excluyéndolas de este nuevo orden que se instaura Pateman (1989). El contrato es el medio a través del que se instituyen, al tiempo que se ocultan, las relaciones de subordinación en el patriarcado moderno²¹.

El contrato social produce, al menos, dos exclusiones: una de sujetos, las mujeres, y otra de objeto, la esfera privada-familiar. Veamos en primer lugar cómo se produce la exclusión de las mujeres. En un momento en que la racionalidad es la característica esencial del ser humano, a las mujeres se les niega la razón y son definidas como naturaleza, por este motivo se las relega al espacio privado, doméstico, familiar. La razón ilustrada, que ha servido para liberar a los hombres del antiguo régimen, sirve de justificación para dominar a las mujeres definiéndolas como naturaleza, construyéndolas como un ser aparte, núcleo de la familia y vinculada al orden de las necesidades. Las mujeres pertenecen al mundo de las pasiones, a la naturaleza como opuesto al mundo de la razón, que es la nota definitoria de los individuos, por lo tanto no pueden participar en el contrato social (no pueden firmar dicho contrato), en la sociedad civil ni en la esfera pública, ya que no son individuos. La mujer no es un *animal político* sino un *animal doméstico* (Mestre, 2006). La sujeción de

²¹ Para Pateman, la manifestación más clara de esta función del contractualismo se daría en la concepción de la prostitución y de la maternidad subrogada (alquiler de úteros) como simples contratos de trabajo en los que la identidad de las personas no tiene relevancia.

las mujeres por medio del contrato sexual no es ningún acuerdo en las que ellas participen, acepten y firmen, sino que este contrato se produce como una sujeción natural, ya que las mujeres mismas son naturaleza. Las mujeres no han de consentir ser gobernadas; el patriarcado no necesita justificación ni consentimiento porque las mujeres no son individuos, es decir, seres racionales, libres e iguales. Un subordinado natural no es un igual y las mujeres han sido subordinadas *naturalmente* a los hombres (Pateman, 1989). Según Mestre (2006: 80), el argumento es circular:

Primero se excluye a las mujeres de la noción de individuo porque son naturaleza y, de este modo, no firman el contrato social porque no son iguales. Después, como las mujeres no son individuos sino naturaleza y hay que mantenerlas en este Estado, se las excluye de la esfera pública y se afirma que su naturaleza les impide estar en la esfera cívica (social y política). Es decir, primero la mujer es creada como naturaleza para excluirla y, acto seguido, esta creación es presentada *naturalmente* como la justificación de la exclusión y de la subordinación. La creación de la exclusión que el sistema necesita se convierte en la razón que justifica la creación realizada.

Una vez abordada la exclusión del sujeto, las mujeres, paso a analizar la exclusión del objeto, la esfera privada-doméstica. No todas las instituciones sociales existentes son fruto del acuerdo entre hombres libres e iguales, es decir, no todas surgen del acuerdo social originario. En todas las teorías contractualistas, la familia como espacio de las mujeres, se da siempre antes de cualquier pacto sobre el tipo de gobierno legítimo y sobre las relaciones sociales; la familia es la base *natural* y no política de la sociedad. Así se deriva que las sujeciones dentro del seno de la familia tampoco sean consideradas políticas (Mestre, 2006).

Las relaciones familiares se han construido y se interpretan como no políticas cuando de hecho lo son desde el momento en que hay un dominio de los hombres sobre las mujeres que no ha sido consentido ni pactado ni producido de forma que reconozca la igualdad y la libertad de las dos partes. Afirmar que *lo personal es político*, lema del feminismo de los setenta, teorizado sobre todo en la obra *Política sexual* de Kate Millet (1969), por un lado implica hacer visibles las opresiones y las relaciones de

dominio que existen en el ámbito doméstico, exigir que se redefinan y se vuelvan a negociar los límites, que se discutan y se remuevan las opresiones porque son cuestiones que afectan a la política, y por ello deben ser sometidas al debate y decisión pública. Por otro lado, también implica un cambio en la manera de pensar a los individuos y las relaciones que se establecen entre ellos en el ámbito familiar para que se conviertan en relaciones en las que se apliquen los principios de igualdad, libertad y consentimiento.

Con este lema se reclamaba, y se sigue reclamando, que las relaciones de poder que juegan en el espacio llamado “privado” fueran visibilizadas, sometidas a debate, a normatividad y a consenso; que fueran, pues, en este sentido, politizadas; se pide una renegociación permanente de los límites entre lo privado y lo público, es decir, que se sometan a la discusión pública y al control consciente de todos y todas aquellos aspectos de la vida social, los cuales, bajo la sacrosanta etiqueta de “privados”, epistemológicamente eran ciegos –se sustraían a la visibilidad y a la conceptualización- y, por la misma razón, ética y políticamente inmunes (Amorós, 2000: 12).

El Estado es el paradigma del espacio público mientras que la familia lo es del privado. Dentro de la esfera privada-familiar hay que distinguir a su vez entre el ámbito de la privacidad y el ámbito doméstico (Murillo, 1996). Cuando en la teoría política se habla de la esfera privada se hace referencia a un espacio de libertad en donde el individuo se desarrolla, en donde es posible el cultivo de uno mismo, de los intereses personales, de aquello que nos es propio. Un parcela de la vida de cada uno que ha de quedar fuera del control del Estado y en donde cualquier injerencia debe estar perfectamente regulada para ser justificada. En este sentido, esta reserva es positiva. Pero esta esfera privada positiva es masculina. Cuando las feministas se refieren a la esfera privada, no hacen referencia a esta intimidad sino a la *esfera privada en femenino* que no se identifica con privacidad como *apropiación de uno mismo* sino como *privación de una misma* (Mestre, 2006), servir a los intereses de los otros, servicio continuado de atención y cuidado de los otros. Con la distinción

público/privado clásica se encubre la esfera privada femenina, la esfera doméstica, un *espacio de poder y sumisión*, una cuestión política y no pre-política.

La esfera privada masculina como apropiación de uno mismo existe frente a la esfera pública. La mujer no tiene cabida ni en la esfera pública ni en la privada masculina. La vida de los hombres transcurre entre la vida pública y la privada, les está permitido entrar en la vida pública y gozar de los beneficios de la vida privada y la doméstica. Sin embargo a las mujeres se las adscribe a la esfera doméstica y, aunque acceden también a la esfera pública, no dejan de estar adscritas a la esfera doméstica (Thomas y Beasley, 1993).

Esta construcción repercute en el sujeto de derechos. Tal y como sostiene Mestre (2006), los hombres en la vida pública como individuos trascienden las particularidades y diferencias que les distinguen en el ámbito privado. Los hombres en la esfera pública son considerados libres e iguales al prescindir de sus características diferenciadoras y así, haciendo abstracción de las diferencias, son considerados individuos, ciudadanos, titulares de derechos y libertades en un espacio que se rige por normas generales y abstractas, principios universales que se aplican por igual a todos y de manera imparcial. Esta es la esfera pública de la justicia, de la ley, de los derechos, en donde opera la igualdad. Por el contrario las mujeres pertenecen al mundo privado-doméstico que es el ámbito en el que se mantienen las características diferenciadoras, en donde las normas no son generales sino concretas y lo importante son los sentimientos y las necesidades de los otros, es la esfera de la atención y del cuidado y son las mujeres quienes lo dan pero no quienes lo reciben. En esta esfera no hay derechos, ley ni igualdad: las mujeres no son titulares de derechos ni libertades y, por lo tanto, no son ciudadanas.

Las críticas feministas a esta dicotomía no implican que no tenga que existir una distinción entre lo público y lo privado sino que se resalta la vinculación de las dos esferas en la vida social. Se trata de desarrollar una teoría de la práctica social que incluya a hombres y mujeres que esté basada en la interrelación entre individuo y colectividad, entre lo personal y lo político en lugar de su separación y oposición (Beltrán, 1994). Según los teóricos liberales la dicotomía público/privado actúa de un

modo neutral y general sobre los individuos. Las mujeres son relegadas a la esfera privada del hogar y la familia, y la esfera pública del mundo laboral, de la ley, economía y la política es vista como el ámbito de los hombres. Este fenómeno es explicado como algo natural, conveniente y como una elección personal. Esta división es la que hace natural la asignación de roles y recompensas entre los sexos.

Sin embargo esta dicotomía es una dicotomía “generizada” y etnocéntrica que legitima la dominación de los hombres sobre las mujeres: la asignación a las mujeres de la esfera privada afianza su desigualdad con los hombres ya que las mujeres son vistas como dependientes de los varones para su subsistencia, invisibiliza los intereses de las mujeres y asegura la preservación del *status quo*.

Esta dicotomía es la explicación del dominio de los hombres y de la voz masculina en todas las áreas de poder y autoridad, y la responsable de silenciar las voces de las mujeres para definir sus derechos (Charlesworth, 1994). Además, ha permitido aislar a las mujeres dentro de la esfera privada y ha contribuido históricamente a condonar el abuso de las mujeres producido en la privacidad de la familia (Romany, 1994), no reconociéndose las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos o no reconociendo a las mujeres como refugiadas por sufrir persecución en el ámbito privado y/o ser perseguidas por un agente no estatal, es decir, un agente privado: esposo, parientes masculinos, comunidad, etc.

5. Métodos feministas

Esta investigación es una investigación feminista. Los métodos feministas son una reacción a la arrolladora masculinidad del conocimiento dominante históricamente privilegiado. Un método feminista es un método preocupado por el lenguaje que utiliza el derecho (Finley, 1989), la organización jurídica de los conceptos y categorías herméuticas que utiliza, la aceptación de conceptos abstractos como válidos o “puros”, su fundamento en prácticas adversariales, el compromiso con las estructuras jerárquicas masculinas en todas las organizaciones políticas, que centran la atención en la injusticia sistémica que sufren las mujeres (Cook, 1994a). Adopto un método feminista porque si quiero desafiar las estructuras actuales de poder no puedo

utilizar los mismos métodos que han definido lo que cuenta dentro de las estructuras de poder ya que ello puede llevarme a reforzarlas, en lugar de identificarlas para contribuir a su modificación (Bartlett, 1990).

Utilizando métodos feministas intento cuestionar la pretensión de universalidad, objetividad e imparcialidad del DIDH y del DIPR e insistir en la importancia de tener en cuenta las relaciones de género y las experiencias de las mujeres. Para ello es necesario sacar a la luz determinadas suposiciones, principios y reglas del DIDH y del DIPR aparentemente neutrales, pero que no lo son ya que operan de modo diferente para hombres y para mujeres; es necesario visibilizar cómo muchos conceptos básicos del DIDH y del DIPR están mediados por el género, con el fin de reinterpretar las normas sustantivas y adecuarlas a las experiencias de las mujeres, diseñando estrategias para afrontar estas situaciones.

El derecho parte de una serie de presunciones que convergen en dilemas de diferencia y que hacen que las cuestiones de diferencia se planteen como algo irresoluble y como una cuestión que se reproduce (Minow, 1988). La primera de estas suposiciones es *que la diferencia es intrínseca y no es fruto de una comparación*, fruto de un proceso social de creación de la diferencia políticamente relevante. Esta asunción no tiene en cuenta que el discurso jurídico es un discurso que puede crear la diferencia sexual y que construye determinadas identidades; la segunda, que *la norma no necesita ser explicitada*. Cuando hablamos de los *otros* asumimos que lo hacemos desde un punto de vista universal, no situado, sin tener en cuenta que los puntos de vista no especificados expresan el punto de vista de la mayoría o de aquellos que tienen poder de categorizar y de definir la realidad. Hablar de diferencia supone siempre tener una norma, un sujeto de derechos, un referente no cuestionado que funciona como medida de las diferencias de los otros (Mestre, 2006). Cuando el derecho habla de diferentes lo hace asumiendo que existe una *normalidad* y una *diferencia*; Una tercera suposición es que el *observador puede entender y observar sin perspectiva propia*. Se asume que el operador jurídico, el juez en un juicio o la autoridad administrativa que resuelve en un caso de asilo, no tienen punto de mira, no tiene una perspectiva particular y situada que intervenga en su papel de *manipulador*

del derecho (Mestre, 2006). El derecho objetivo es aplicado y utilizado por individuos imparciales y descontextualizados. Pero esta visión no situada no existe (Haraway, 1988). Young (1990: 12) sostiene que "la imparcialidad no es posible y que su apelación sirve para legitimar estructuras jerarquizadas de toma de decisiones que refuerzan y privilegian miradas particulares y situadas: masculinas". Tal y como sostiene Mestre (2006) la imparcialidad no está, o no se identifica, con la no-situación o la no-posición sino en la situación y posición desde el texto y el contexto constitucional, es decir, en la vinculación a la constitución desde la perspectiva de género²².

Mediante los métodos feministas utilizados en este estudio intentaré deconstruir algunas de las suposiciones del DIDH y del DIPR. No utilizar un método feminista y no tener en cuenta el género y las experiencias de las mujeres como categorías analíticas para deconstruir todas estas suposiciones nos llevaría a tener una imagen distorsionada del patrón de los abusos de derechos humanos y que determinadas formas de violaciones de derechos humanos que se producen por razones de género queden sin ser detectadas, y a una definición androcéntrica de normas sustantivas del DIDH.

Esto es lo que sucede con el DIPR. Las mujeres refugiadas, en muchos, casos sufren determinadas formas de abusos sexuales que pueden ser el motivo de persecución por el que han abandonado su país, o la han experimentado mientras viajan, o en campos de personas refugiadas. A veces ignoran que estas formas de abusos constituyen violaciones de derechos humanos. Ello, unido al hecho de que, en muchos casos, estas personas muestran cierta reticencia a hablar sobre sus experiencias, puede significar que los motivos que dicha mujer tenga para solicitar asilo nunca salgan a la luz, y que jamás se detecte su necesidad de ser sometida a un

²² Otras suposiciones sobre las que se basa el derecho son: a) que la *perspectiva de los otros es irrelevante*. La perspectiva de las personas a las que se dirige una resolución judicial no existe porque la posición de quien juzga es universal y no situada; y b) que el *estatus quo es natural, no coercitivo y justo*, que el derecho es un sistema justo. Hasta cierto punto hay que asumir que el derecho es objetivo y neutral y que responde a criterios de justicia, que es un sistema válido, legítimo aunque las estrategias desarrolladas por diferentes colectivos ponen de manifiesto que el *estatus quo* no es natural (Mestre, 2006).

tratamiento médico específico, o de ser incluida en un programa especial para víctimas de ese tipo de violación de derechos humanos, o que su petición de asilo sea desestimada. Del mismo modo, si mujeres presas o detenidas están siendo sometidas a abusos sexuales continuados en una prisión, será más probable que se detecte si quien realiza la investigación es consciente de que esto puede estar ocurriendo y pregunta sobre ello. Si se es consciente de que el género y las experiencias de las mujeres son significativas nos preguntaremos cuál es la posición de las mujeres, y si es tenida en cuenta en las normas universales y en el diseño de respuestas sociales a dichos problemas.

Por lo tanto, el uso de métodos feministas y utilizar el género y las experiencias de las mujeres como herramientas de análisis sí puede, por un lado, alertar sobre la necesidad de adoptar una determinada respuesta que se pueda adaptar a un contexto determinado (Byrnes, 1992), y por otro, tener un impacto sobre el contenido de las normas sustantivas, interpretándolas de un modo que refleje la perspectiva de las mujeres. Siguiendo en materia de DIPR, ser conscientes de que las mujeres pueden huir por sufrir un tipo específico de violaciones de derechos humanos por desafiar roles de género, puede conducir a una reinterpretación de los motivos de persecución consagrados en la Convención de Ginebra sobre los Refugiados²³ (CG) de 1951 que dé cabida a esas formas específicas de persecución.

Pero ¿Por qué método feminista concreto opto? Un solo método o enfoque puede no ser capaz de tratar la complejidad de las organizaciones internacionales, sus procesos y sus reglas, la diversidad de las experiencias de las mujeres, dentro y fuera de dichas estructuras, o desvelar estas suposiciones escondidas dentro del DIDH y del DIPR y sus silencios (Charlesworth, et al., 1992, 1993), por lo que pueden ser necesarios varios métodos. Por usar esta variedad de métodos, enfoques o técnicas se me puede acusar de impuridad metodológica y teórica. Pero esta impuridad es necesaria para analizar situaciones complejas. Las investigaciones feministas sobre el

²³ Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

DIDH y el DIPR necesitan de un “juicio situado” más que de una gran teoría para averiguar cuál es la técnica más adecuada en cada caso (Haraway, 1988).

Una metodología en ocasiones utilizada para cuestionar la objetividad de una disciplina es la de detectar sus silencios. Todo sistema de conocimiento depende de considerar determinados temas como irrelevantes y, desde esta perspectiva, los silencios del DIDH y del DIPR pueden ser tan significativos como sus normas y estructura. Permeabilizando todo el DIDH y el DIPR encontramos que se silencia a las mujeres y a los países del Tercer Mundo (Charlesworth et al., 1992).

Para detectar los silencios respecto de las mujeres y el Tercer Mundo, voy a utilizar los siguientes métodos específicos del derecho (Bartlett, 1990): 1. “asking the women question”, convirtiendo la “women question” en la “question of the excluded”, la cuestión de los y las excluidos/as, lo que Gunning (1991) denomina el método de “viajar por el mundo”, para profundizar en otros sistemas de exclusión diferentes al sexo. 2. La razón práctica feminista y 3. Creación de conciencia.

Asking the woman question

Asking the woman question asume que determinadas características del derecho pueden ser, no sólo no neutrales en un sentido general, sino también “masculinas” en un sentido específico. Sin la *woman question*, diferencias asociadas con las mujeres se dan por supuestas, no se examinan y pueden servir como justificación de leyes que perjudican a las mujeres. La *woman question* revela cómo la posición de las mujeres refleja la organización de la sociedad en mayor medida que las características inherentes de las mujeres ya que las diferencias están situadas en las relaciones sociales - el lugar de trabajo, la familia, etc.- y no en las mujeres mismas.

Se trata de un método que saca a las mujeres de la invisibilidad y que cuestiona el sujeto de las normas. Trata por un lado de constatar que el derecho regula en masculino en el sentido de que, dada una situación *humana* concreta, la experiencia o los intereses regulados, reflejados, recogidos y protegidos por el derecho coinciden en lo que sería la experiencia masculina de dicha situación, y este hecho implicaría una desventaja para las mujeres (Cook, 1994a). Por otro lado, habría toda una serie de

experiencias o vivencias más comunes en las mujeres que en los hombres que estarían por regular. No es que estén reguladas en masculino sino que, como no hay experiencia masculina equiparable, no están reguladas ni protegidas, o quedan al margen de la ley y producen una desventaja o indefensión de las mujeres que se encuentran en esta situación (Mestre, 2006), como sucede con la violencia contra las mujeres o la violación de derechos sexuales y de derechos reproductivos.

Ahora bien, para no excluir el punto de vista de todas las personas excluidas, la *woman question* se convierte en la *question of the excluded*. Para ello Gunning (1991) ha propuesto el método de *viajar por el mundo*. Se trata de un método que requiere un diálogo multicultural, una búsqueda de áreas en las que se superponen intereses y valores compartidos. En relación con la discusión sobre derechos humanos en otras culturas, esta autora aconseja a las abogadas internacionales que:

- a) siendo conscientes de lo limitado de su propia experiencia, tengan claro su propio contexto histórico y piensen cómo las mujeres implicadas pueden verlas, y reconocer la complejidad del contexto de otras mujeres; Un buen ejemplo sería la historia contada por Lucie White (1990) en *Subordination, Rhetorical Survival Skill, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G* en el que se muestra la divergencia entre la estrategia mantenida ante el sistema judicial por una madre negra soltera sin recursos a la que se le exigía la devolución de subsidios recibidos, y la llevada a cabo por su abogada defensora. Ésta basó su defensa en transmitir una imagen de su defendida de mujer pobre, vulnerable e impotente con la finalidad de convencer al tribunal de que reunía los requisitos exigidos por la legislación para cobrar el subsidio objeto de litigio. Sin embargo su defendida, al ser interrogada en juicio, desafiando la estrategia defensiva planeada por su abogada, manifestó no poder devolver dicha cantidad por haberla gastado en necesidades vitales propias, como comprar zapatos nuevos a su hija para ir el domingo a la iglesia, poniendo de manifiesto la importancia de la religión, la espiritualidad y la institución de la iglesia para la identidad cultural de las

comunidades de afroamericanos, necesidades no comprendidas o no tenidas en cuenta por el sistema jurídico por ser diferentes a las necesidades de los grupos dominantes. De este modo Mrs. G. desafió la regla no escrita de mostrarse como una víctima para ganar el juicio, poniendo de manifiesto sus propias necesidades, no reconocidas por el sistema público de bienestar. Mrs. G. rompió con la dicotomía entre protectores y víctimas en la que las mujeres occidentales se convierten en las protectoras de las mujeres víctimas afroamericanas, desafiando narrativas tradicionales para que sus derechos fuesen reconocidos.

- b) y reconozcan el rol que el racismo y la explotación económica juega en la posición de muchas mujeres. Deben tener en cuenta la multiplicidad de estructuras de dominación que interactúan para situar a las mujeres de un modo diferente más que invocar una noción universal de patriarcado operando de un modo transhistórico que subordina a todas las mujeres. Esto supone tener en cuenta cómo interactúan diferentes sistemas de opresión: el concepto de interseccionalidad propuesto por Crenshaw (1989).

La razón práctica feminista

El razonamiento práctico clásico considera los fines, medios y acciones con el objeto de identificar lo que es mejor ante una situación compleja en la que hay que tomar una decisión. El razonamiento práctico se aproxima a los problemas como dilemas con múltiples perspectivas. Los dilemas no requieren la elección de un principio por encima de otro sino más bien parte de que pueden conciliar diferentes principios que resulten aplicables prestando atención al contexto particular. Las situaciones no son únicas y puede haber nuevas situaciones que den lugar a nuevas percepciones prácticas que informen a quienes deben tomar una decisión. El razonamiento práctico tiende a favorecer las normas menos específicas frente aquellas normas que son más generales.

El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico. El razonamiento jurídico práctico trabaja desde las normas y éstas deben conciliarse con las

contingencias que puedan darse en la realidad. Debe partir de las normas para evitar la arbitrariedad y que los prejuicios y pasiones distorsionen la decisión de quien decide. El razonamiento práctico jurídico no ve las normas como normas fijas, sin límites sino que por el contrario parte de que las normas dejan lugar a nuevas perspectivas y percepciones generadas en nuevos contextos, es decir, parte de que las circunstancias específicas de un caso nuevo puede derivar en lecturas y aplicación novedosa de las normas. El razonamiento jurídico práctico debe incluir una justificación de la decisión que se tome, de ahí que las resoluciones judiciales deban ser motivadas; y otorga legitimidad a la comunidad cuyas normas refleja o representa, y por ello tiende a ser un razonamiento conservador.

El razonamiento práctico feminista se apoya en el razonamiento jurídico práctico pero añadiendo valores de otros métodos feministas. Está más centrado en el razonamiento contextualizado, pero este tipo de razonamiento no es lo opuesto al razonamiento abstracto *masculino*. Todos los procesos de razonamiento jurídico engloban ambos procesos, el de contextualización y el de abstracción. Incluso el razonamiento jurídico más convencional exige que uno/a mire al contexto fáctico del caso para identificar similitudes y diferencias entre el caso en cuestión y otros. Del mismo modo, el razonamiento práctico feminista requiere de la abstracción, que es el proceso de separar lo que es importante de lo que no lo es. Se trata de *abs-trahere*, “de sacar algo fuera, separándolo de lo que se deja aparte, de iluminar la zona del *trahere* y de invisibilizar correlativamente a los efectos de lo que ha quedado en el ámbito del *abs*” (Amorós, 2000: 27). Los hechos concretos tienen importancia en la medida en que representan algunos aspectos generalizables del caso. Las generalizaciones identifican lo que importa y establecen conexiones con otros casos. Pero al realizar estas generalizaciones no debemos ignorar las diferencias entre mujeres y hombres. Sin embargo para las feministas, el razonamiento jurídico feminista puede hacer que sean relevantes o esenciales para la resolución de un caso más hechos que un razonamiento jurídico no feminista, por ejemplo integrando elementos emotivos e intelectuales en el razonamiento y abriendo posibilidades a nuevas situaciones en lugar de limitarlas con predeterminadas categorías de análisis. Es decir, cuando hablamos de violaciones de derechos humanos, llevar a cabo

generalizaciones no significa que tomemos como paradigma las violaciones de los derechos humanos de los hombres, sino que tendremos en cuenta que existen determinados rasgos compartidos por las mujeres (pero no por los hombres) que hace que sean las mujeres quienes sufren un determinado tipo de abuso, como sucede en casos de violencia contra las mujeres.

El razonamiento práctico feminista tampoco es contrario a la racionalidad *masculina*. El proceso de encontrar puntos en común, diferencias y conexiones en el razonamiento práctico es un proceso racional. Sin embargo la racionalidad feminista reconoce una mayor diversidad de las experiencias humanas y el valor de tener en cuenta pretensiones que compiten entre ellas. Además, muestra de manera abierta su imparcialidad situada al manifestar explícitamente qué punto de vista moral o político subyace bajo esa imparcialidad.

Además para el razonamiento práctico feminista las normas no derivan de una única comunidad, como sostiene el razonamiento jurídico práctico sino que hay muchas comunidades diversas que se solapan en las que una podría buscar la *razón*. Consideran que el concepto de comunidad, tal y como es interpretado por el razonamiento jurídico práctico, es problemático porque la ley tiende a reflejar las estructuras existentes de poder. Sin embargo si introducimos la cuestión de las mujeres el resultado es que ninguna comunidad está más legitimada para hablar por todas las demás. De este modo se rechaza el concepto de comunidad monolítica y buscan identificar nuevas perspectivas no representadas en la cultura dominante en las que poder encontrar la *razón*.

Bartlett, como ejemplo del potencial educativo de los hechos particulares y específicos, se refiere a la cuestión del acceso al aborto por parte de las menores. El principio abstracto de la autonomía familiar parece justificar una ley estatal que obligue a las menores a la obtención del consentimiento de los padres antes de que puedan practicar el aborto. Sin embargo, los informes reales sobre las circunstancias dolorosas por los que una menor preferiría evitar notificar la decisión de abortar a los padres (malos tratos físicos y psíquicos por parte de los padres al descubrir el

embarazo, impedirle abortar, etc.) demuestran las dificultades prácticas de esta cuestión.

Creación de conciencia

El método de creación de conciencia de MacKinnon es un proceso interactivo y colectivo que propone la articulación de las experiencias de una misma con las experiencias de otras mujeres. Por medio de este método las mujeres identifican y describen sus propias experiencias rompiendo el silencio impuesto y creando un conocimiento compartido que había quedado fuera de muchas disciplinas.

Esta propuesta, sin embargo, ha sido duramente criticada por feministas postcoloniales porque el feminismo occidental parece haberse apropiado de la categoría “mujer” excluyendo a muchas mujeres de contextos no occidentales, ya que no tiene cuenta, otros factores de exclusión como la etnia o la clase social. También se ha criticado por su limitado foco de atención centrado en temas como el sexo, sexualidad y reproducción, dejando de lado otros temas como las desigualdades económicas o políticas construidas y sostenidas por el derecho²⁴. Pero estas críticas pueden ser salvadas si utilizamos dicho método ampliando a) tanto al sujeto, utilizando el término “experiencia de las mujeres” no como “experiencia global de las mujeres” sino en los términos propuestos por Mohanty y Crenshaw, b) como el objeto, esto es centrarlo no sólo en la diferencia sexual sino también en otros factores de exclusión como la raza, la etnia, la orientación e identidad sexual, desigualdades económicas y políticas, etc. Mestre (2006) afirma que, pese a reconocer las limitaciones de este método, una cosa es universalizar de nuevo una experiencia femenina situada y otra poner de manifiesto determinadas experiencias de las mujeres en el derecho, la forma en que son tratadas. Mantiene que de la posibilidad de ser violada no se puede extraer una conciencia-vivencia común que nos identifique como mujeres, pero sí señalar que la tipificación de la violación o abusos sexuales no puede hacerse sin tener en cuenta la experiencia de las mujeres y esto es una cuestión de

²⁴ Según estas críticas en la propuesta de Mackinnon vuelve a haber una norma no cuestionada, un referente que resulta ser un determinado tipo de mujer que pretende ser universal, negando de este modo las diferencias entre las mujeres.

creación de conciencia. Se trata en definitiva de crear conciencia social de determinados aspectos jurídicos que son opresores para las mujeres. O sea, que no podemos menospreciar el potencial que este método tiene.

Denunciar abusos cometidos contra las mujeres proporcionando datos es un modo de fomentar la responsabilidad del Estado por violaciones de los derechos humanos de las mujeres (Cook, 1994a). De este modo los Estados pueden, no sólo ser declarados responsables por un tribunal, sino también condenados moralmente por la comunidad internacional, lo que les puede conducir a rectificar su propia conducta. Por lo tanto, promover el cambio por la denuncia de hechos es una poderosa herramienta para mejorar la situación de las mujeres. Pruebas empíricas pueden demostrar la subordinación *de facto* de las mujeres tanto en contextos específicos como en contextos de subordinación sistémica²⁵.

Esto es lo que se hizo en el Tribunal Global de violaciones de derechos humanos de las mujeres organizado por *Center for Women's Global Leadership* coincidiendo con la Conferencia de Naciones Unidas de Derechos Humanos de Viena de 1993. Fueron presentados treinta y tres testimonios de mujeres procedentes de veinticinco países rompiendo el silencio que envolvía a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y violencia contra las mujeres. La organización de este tribunal era parte de una campaña más amplia para que Naciones Unidas, los Estados miembros y organizaciones de derechos humanos reconocieran los derechos de las mujeres como derechos humanos. El Tribunal Global simbolizaba la culminación de años de trabajo para organizar y preparar la Conferencia Mundial que también incluía una petición exigiendo que se abordasen las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y la violencia contra las mujeres. El objetivo del tribunal era proporcionar un foro global para las mujeres en el que protestar por la falta de protección brindada por el DIDH y

²⁵ Utilizando esta herramienta se pretende, por un lado exponer los efectos negativos que algunas leyes tienen sobre las mujeres y responsabilizar a los Estados por estos efectos ya que ponen de manifiesto la ausencia de esfuerzos por parte de Estados para eliminar y remediar abusos. Por otro lado, denunciar casos individuales, indicando el nombre de la víctima, puede aumentar la concienciación sobre las injusticias y opresión que sufren las mujeres, ya que se personaliza el abuso de un derecho humano. De ahí la importancia que tiene el hecho de que las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos de las mujeres generen este tipo de datos.

por los mecanismos de protección existentes. Los testimonios expuestos por las mujeres ante el Tribunal Global contribuyeron enormemente a la tarea de documentar, definir y hacer visibles violaciones de los derechos humanos de las mujeres que la conceptualización y práctica mayoritaria habían abordado de modo inadecuado. Si se quiere que los derechos humanos se tomen en serio, deben ser experimentados como universales e indivisibles y las mujeres tienen que tener recurso a los instrumentos de derechos humanos como un modo de contestación a la violación de sus derechos. En particular los testimonios destacaban: a) los obstáculos que las mujeres experimentan para disfrutar de sus derechos humanos derivados de la distinción entre las esferas pública y privada, especialmente la violencia contra las mujeres; b) el olvido de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres que se producen en situaciones de guerra o conflictos armados; c) factores culturales o religiosos que impedían la universalidad de los derechos humanos en relación a las mujeres; d) la dimensión de género de violaciones de derechos humanos ya reconocidas; e) la implicación para las mujeres de que los derechos económicos, sociales y culturales tengan un estatuto secundario respecto a los derechos civiles y políticos; y f) que las violaciones de los derechos humanos de las mujeres tienen lugar tanto en países industrializados como en países menos avanzados.

II. LIMITADO RECONOCIMIENTO DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

En este epígrafe abordaré las causas de la ineficacia del DIDH para dar una respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres poniendo de manifiesto las limitaciones del DIDH anteriormente mencionadas (organizativas-institucionales, conceptuales-normativas y procedimentales) desvelando los prejuicios de género del DIDH como sistema jurídico aparentemente neutral y cuestionando sus características de racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad, poniendo al descubierto el rol del derecho en crear y perpetuar la desigual posición de las mujeres. Para ello utilizaré los métodos feministas que he mencionado anteriormente incluyendo el concepto de género y de experiencias de las mujeres como categorías de análisis. A su vez intentaré aportar interpretaciones teóricas alternativas que

reconozcan las experiencias de las mujeres en toda su heterogeneidad, reinterpretando los conceptos jurídicos para poder reconocer la existencia femenina y desarrollar un sistema de protección de los derechos humanos más amplio e incluyente que pueda dar una respuesta más satisfactoria a las violaciones de los derechos de las mujeres y otros colectivos tradicionalmente excluidos.

Así pues empiezo por desvelar los prejuicios de género del DIDH poniendo de manifiesto las limitaciones que impregnan las estructuras institucionales, conceptuales y procedimentales del DIDH. Empezaré por las limitaciones institucionales.

1. Limitaciones de la estructura institucional-organizativa

En la estructura institucional de la ONU se observa, por un lado, la falta de eficacia en la división entre organismos internacionales de protección de los derechos humanos generales y específicos de las mujeres y, por otro, la escasa presencia de mujeres dentro del sistema internacional de protección internacional de los derechos humanos.

1.1 Falta de eficacia de la división entre organismos internacionales de protección de los derechos humanos generales y específicos de las mujeres

El “mainstream” es un concepto que tiene una vertiente institucional y otra sustantiva (Byrnes, 1992). Cuando se utiliza el término “mainstream” en su vertiente institucional se hace referencia a aquellas instituciones dentro del sistema de la ONU y sistemas de protección regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y la Comisión y la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos a los que se les ha encomendado la tarea de vigilar el cumplimiento de los derechos humanos “generales”. Estas instituciones contrastan con los organismos internacionales especializados a los que se ha dotado de una jurisdicción especial en relación con los derechos específicos de las mujeres, como la Comisión de la Condición Jurídica y Social

de la Mujer (CSW)²⁶, la Comisión Interamericana de Mujeres²⁷ o el Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁸.

Desde un punto de vista sustantivo el término “mainstream” hace referencia a las garantías contenidas en los instrumentos de derechos humanos “generales”, en particular el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²⁹ (PIDESC), entre otros³⁰, así como los derechos contenidos en la *Convención Americana de Derechos Humanos*³¹, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*³², la *Carta Asiática de Derechos Humanos*³³ y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, etc. Todos estos instrumentos internacionales de derechos humanos generales consagran el derecho de las mujeres a disfrutar de todos los derechos previstos en igualdad de condiciones que los hombres, es decir, recogen la prohibición de discriminación³⁴.

²⁶ Fue establecida por resolución del ECOSOC, 11(II) de 21 de junio de 1946. Su función es trabajar para conseguir la igualdad de género y el progreso de las mujeres.

²⁷ La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, creado en 1928, es el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba), la CIM fue el primer órgano intergubernamental en el mundo creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer.

²⁸ El Comité funciona como un sistema de vigilancia con el fin de examinar la aplicación de la CEDAW por los Estados que la hubieren ratificado o se hubieren adherido a ella.

²⁹ Ambos pactos fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

³⁰ También son instrumentos generales de derechos humanos la *Convención contra la Tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes* (Resolución N° 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984), la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965), etc.

³¹ Suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

³² Adoptada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

³³ ASA 01/02/98/s, de 15 de mayo de 1998.

³⁴ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 2.2 y 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículo 5 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Protocolo N° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Prohibición General de la Discriminación.

Frente a las garantías generales contenidas en los instrumentos internacionales generales de derechos humanos tenemos las garantías específicas de protección de derechos humanos específicos de las mujeres como las contenidas fundamentalmente en la CEDAW.

Esta división institucional entre órganos e instrumentos de protección de derechos humanos generales y específicos de las mujeres ha llevado a distinguir a nivel teórico entre “derechos humanos de las mujeres” y “derechos de las mujeres” (Byrnes, 1994). En el DIDH cuando se habla de violaciones, o bien de los derechos humanos de las mujeres o de los derechos de las mujeres, se hace referencia en ambos casos a serias violaciones de la dignidad humana cometida contra las mujeres, independientemente de que dichas violaciones de la dignidad constituyan además violaciones de las garantías consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos generales o específicos. Las mujeres sufren violaciones contra su dignidad por razones muy diversas y de maneras muy diferentes. En algunos casos las razones de estas violaciones, o la forma que adoptan, pueden parecer igual que la que puede sufrir un varón en las mismas circunstancias. En otros casos, el sexo puede ser determinante de la forma que adopta esta violación. También puede haber una interrelación entre el sexo, la raza, clase, opinión política como el origen y la forma que adopta esta violación.

El término “derechos de las mujeres” hace referencia a violaciones sufridas específicamente por el sexo, es decir sufridas mayoritariamente por mujeres o que están basadas en el sexo (violación, mutilación genital femenina, prostitución forzosa, etc.).

El término “derechos humanos de las mujeres” tiene una cobertura más amplia, englobando a violaciones de derechos humanos en donde la víctima resulta ser una mujer, pero que no están basadas en el sexo, por lo tanto, también hombres podrían ser víctimas de una violación semejante (persecución política, discriminación por pertenecer a una minoría étnica, etc.).

En muchos casos resulta difícil subsumir una situación en una de estas dos categorías debido a la interrelación que existe entre factores como el sexo, clase,

etnia. Incluso en el caso de que la violación de un derecho no se produzca por motivos de sexo, la forma que adopte puede estar influida por el sexo (ejemplo, mujer defensora de los derechos humanos perseguida con actos de violencia sexual). Si bien la diferente asignación institucional de la responsabilidad sobre la violación de cada uno de estos derechos parece obligar a realizar esta distinción entre unas violaciones de derechos y otras, esta clasificación, en muchos casos, puede inducir a confusión. Sería un error considerar que se trata de categorías dicotómicas y que las violaciones de derechos pueden claramente siempre subsumirse en una particular categoría (Byrnes, 1994). Byrnes cuestiona que pueda darse una persecución de una mujer en la que el sexo o las relaciones de género no jueguen ningún rol, lo que dificultará todavía más el poder subsumir una violación en una de estas categorías. Coincido con Byrnes en cuanto a la confusión a la que puede inducir esta clasificación. En este sentido, pensemos por ejemplo en la violación como un acto de violencia contra las mujeres. Si consideramos la violación tortura o trato inhumano o degradante puede/podría subsumirse dentro de instrumentos internacionales de derechos humanos generales, como el CEDH o la *Convención contra la Tortura*. También podría subsumirse dentro de instrumentos específicos de protección de los derechos de las mujeres como la CEDAW como un tipo de violencia contra las mujeres y como una forma de discriminación. Lo mismo puede decirse de las violaciones de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres, que igualmente pueden subsumirse tanto dentro del artículo 8 del CEDH, derecho al respeto a la vida privada y familiar, como dentro de la CEDAW. Con esto quiero decir que los instrumentos internacionales generales de derechos humanos ofrecen un gran potencial para dar protección a violaciones de los derechos de las mujeres si son interpretados aplicando las categorías analíticas de género (Scott, 1990) y de experiencias de las mujeres (Mohanty, 1984 y 1998).

Además de ser una clasificación artificial, la mera distinción terminológica “derechos humanos de las mujeres” vs. “derechos de las mujeres” resulta poco acertada al poder interpretarse que los derechos humanos específicos de las mujeres, no son derechos humanos, creando una jerarquía entre unos y otros, en la que los derechos de las mujeres ocuparían el lugar más bajo. En el caso de tener que optar por una denominación distinta para cada uno de estos derechos a meros efectos

prácticos, debido a la distinta asignación competencial a órganos de derechos humanos generales y específicos, considero más apropiado distinguir entre derechos humanos generales y derechos humanos específicos de las mujeres y así lo voy a hacer a lo largo de este estudio.

Pero ¿es necesaria esta distinción entre “derechos generales” y “derechos específicos” de las mujeres”? ¿Supone esta distinción una mayor protección frente a las violaciones de la dignidad de las mujeres? Responder a estas preguntas supone abordar lo que Olympe de Gouges identificó en el siglo XVIII como la paradoja del feminismo: si los derechos de las mujeres están mejor protegidos a través de normas generales o a través de normas específicas aplicables exclusivamente a mujeres (Charlesworth, 1999, Pitch, 2003). Este dilema sigue vigente en la actualidad en relación con las respuestas que el DI moderno da a la desigual posición de las mujeres: por un lado, el intento de mejorar la vida de las mujeres por medio de leyes generales puede llevar a que estos temas queden invisibilizados dentro de temas más globales y, por otro, el precio de haber creado instituciones especializadas para mujeres ha conducido a la creación de un gueto con menos poder, menos recursos y menor prioridad que los derechos humanos generales (O, Hare, 1999, Charlesworth, 1999). Considero que la existencia de derechos específicos de las mujeres puede constituir un plus de protección ante las violaciones de los derechos de las mujeres ya que trata de evitar sistemas de exclusión por razón de género, revalorizar las actividades femeninas y reconocer las experiencias de las mujeres por parte del DIDH. Pero no hay que olvidar que la creación de una rama especializada de derechos de las mujeres, por un lado, ha permitido su marginación ya que las instituciones de derechos de las mujeres son más débiles comparadas con sus homólogos dentro del *mainstream*: (1) los instrumentos legales específicos prevén obligaciones y procedimientos de control más frágiles; (2) la reserva por parte de los Estados es tolerada en un porcentaje más elevado que respecto ningún otro instrumento de derechos humanos general; y (3) el incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas al ratificar dichos instrumentos es elevado (Charlesworth, 1994). Por otro lado, ha servido al *mainstream* de justificación para desatender las violaciones de los derechos humanos

de las mujeres por entender que ya existen órganos específicos de protección que prestan dicha protección.

Resulta claro que el reconocimiento de las experiencias de las mujeres no puede limitarse a los organismos específicos de protección de los derechos humanos de las mujeres sino que debe extenderse a los organismos generales. El *mainstream*, pese a la consagración de instrumentos específicos de protección de los derechos de las mujeres y la creación de organismos de vigilancia también específicos, no puede desatender las violaciones de los derechos humanos de las mujeres por cuanto estas violaciones también son de su competencia y no sólo del Comité de la CEDAW u otros organismos de protección específicos de las mujeres. Las violaciones de los derechos de las mujeres (violación, mutilación genital femenina, violencia machista en pareja, etc.) encajan tanto en instrumentos generales como específicos de derechos humanos si tenemos en cuenta la experiencia de las mujeres y no reconducimos ésta a la experiencia masculina, es decir, si existe voluntad de interpretar los mismos de un modo amplio e incluyente, de conformidad con la realidad social actual, y con el firme propósito de que estos instrumentos internacionales sean realmente efectivos. Esto supone utilizar los métodos feministas de análisis propuestos anteriormente.

Para superar las limitaciones de la estructura institucional actual es absolutamente necesario tanto que el *mainstream* preste una mayor atención a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, como que se fortalezcan las instituciones especializadas de derechos específicos de las mujeres, esto es, que estos organismos dispongan de los mismos recursos que los generales y que sus mecanismos de protección tengan la misma efectividad.

Otro aspecto fundamental en aras de conseguir una mayor efectividad de esta división institucional es la necesidad de que ambos organismos (generales y específicos) trabajen de manera coordinada. Esta necesaria coordinación no ha sido facilitada por la distinta ubicación geográfica de unos organismos y otros, al estar, hasta hace poco, ubicados en Ginebra los organismos internacionales de derechos humanos generales y en Viena los organismos internacionales de derechos específicos de las mujeres. El Comité de la CEDAW, ya en su Recomendación General Nº 7 (1995),

puso de manifiesto este problema junto la falta de recursos económicos de que disponía. Como consecuencia de la reforma de Naciones Unidas³⁵, desde el 1 de enero de 2008, el Comité de la CEDAW, tras 25 años, dejó de funcionar dentro de la División para el Adelanto de la Mujer situada en Viena, y pasó al Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, situado en Ginebra y Nueva York. La reforma de la ONU se llevó a cabo, entre otras cosas, por la necesidad de acrecentar la coordinación entre sus diferentes organismos principales, Asamblea General, Consejo de Seguridad, las agencias especializadas y diversas organizaciones independientes. Una mayor interacción entre organismos generales y específicos de derechos humanos puede, sin duda alguna, ayudar a que la comunidad internacional perciba las violaciones de los derechos humanos de las mujeres como un tema que debe ser incluido dentro del *mainstream*.

Una vez abordada la falta de eficacia de la división entre organismos internacionales de protección de derechos humanos generales y específicos como una de las limitaciones de la estructura institucional del DIDH, paso al análisis de la segunda de las limitaciones dentro de esta estructura organizativa: la escasa presencia de mujeres dentro del sistema internacional de protección internacional de los derechos humanos de Naciones Unidas.

1.2 La escasa presencia de mujeres dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas

El sujeto por excelencia del DI es el Estado y las organizaciones internacionales. En ambos, la invisibilidad de las mujeres es llamativa. Las estructuras de poder dentro de los gobiernos son arrolladoramente masculinas: las mujeres ocupan posiciones de poder en muy pocos Estados y, en aquellos que lo hacen, su número es escaso. Las mujeres, o bien no están representadas, o están subrepresentadas en los procesos de

³⁵ La Cumbre Mundial de 2005 fue la fase culminante de un amplio proceso de movilización política (del Sistema de la ONU, de la comunidad internacional y de la sociedad civil) iniciado en septiembre de 2000 en la Cumbre del Milenio que tiene 3 componentes: 1. Identificar y desarrollar una agenda prioritaria para la ONU (los Objetivos de Desarrollo del Milenio-ODM); 2. Aprobar acciones de reforma para adaptar la ONU a los desafíos actuales; 3. Construir apoyo político suficiente de los Estados Miembros para implementar dichas medidas.

creación de legislación, tanto en el ámbito nacional como global. La esfera política internacional es una esfera para hombres, o “para aquellas mujeres que saben jugar bien a ser hombres o que, al menos, no hacen temblar las presunciones masculinas” (Enloe, 2000: 13). Las organizaciones internacionales son extensiones funcionales de los Estados que les permiten conseguir sus objetivos. Sus estructuras son una réplica de la estructura de los Estados y, por tanto, son igualmente masculinas, relegando a las mujeres a roles insignificantes y subordinados (Charlesworth, 1995).

El artículo 8 de la *Carta de Naciones Unidas*³⁶ fue incluido con la finalidad de asegurar la legitimidad de las mujeres como personal permanente de las organizaciones internacionales. Dicho artículo establece que: *La Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios.*

Algunos delegados que participaron en su redacción se oponían a la inclusión de dicho artículo por considerarlo superfluo. Pese a ello fue añadido, pero en una redacción negativa sin establecer una obligación positiva de incluir a las mujeres ya que, en definitiva, el derecho a elegir delegadas y representantes para organizaciones internacionales era decisión última de los Estados-nación cuya libertad de elección no podía ser limitada de ningún modo. En realidad, el nombramiento de mujeres dentro del sistema de protección de Naciones Unidas no ha cumplido ni siquiera la limitada promesa del artículo 8 de la Carta. En 1975 el nivel de participación de las mujeres en puestos dentro de Naciones Unidas era tan bajo que uno de los objetivos de la Década de Naciones Unidas para las mujeres (1975- 1985) fue mejorar la participación de las mujeres dentro del sistema. En 1995 la Plataforma de Acción de Beijing exigió a los Estados lograr la equidad de género consiguiendo que el 50% de los puestos de trabajo que implicaban toma de decisiones dentro del sistema de protección de la ONU fuesen ocupados por mujeres para el año 2000. Aunque entre 1998 y 2009 hubo un aumento de mujeres dentro de la ONU, el 51% sólo se ha conseguido respecto a

³⁶ Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y en vigor desde el 24 de octubre de ese mismo año.

posiciones junior. El déficit de mujeres en posiciones senior persiste, ocupando éstas tan sólo el 20 o el 30% de las posiciones de más alto nivel³⁷. Así las mujeres son excluidas de los procesos de toma de decisiones en el ámbito internacional pese al impacto de dichas decisiones en sus vidas. Por otro lado hay que tener en cuenta que el porcentaje total de mujeres dentro del sistema de la ONU incluye a las mujeres que forman parte de los Comité de la CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño³⁸.

El Comité de la CEDAW, que es el único organismo internacional de protección de derechos humanos en el que todas sus miembros integrantes son mujeres, ha sido criticado por el ECOSOC por la desproporcionada representación de mujeres, pretendiendo cambiar su composición para que pudiera estar integrado tanto por hombres como mujeres. Cuando las mujeres sí están representadas, los esfuerzos se dirigen a disminuir su participación, mientras que cuando la mayoría de representantes son hombres no existe este mismo interés para fomentar la participación de las mujeres. Veamos la proporción de hombres y mujeres por comités a fecha febrero 2014³⁹.

| | CDH | Comité contra Tortura | Comité DESC |
|----------------|------------|------------------------------|--------------------|
| HOMBRES | 14 | 7 | 15 |
| MUJERES | 5 | 2 | 4 |

El predominio de hombres en todos los organismos de Naciones Unidas se traduce en que los intereses tradicionalmente masculinos son vistos como los intereses generales de la humanidad, mientras que los intereses de las mujeres son

³⁷ The World's Women 2010 Trends and Statistics, Naciones Unidas, Nueva York, 2010.

³⁸ Del 37,4% de mujeres trabajando dentro del sistema de Naciones Unidas en 2004 el 74% estaban concentradas en dos Comités, el de Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el de Derechos del Niño. En el primero, todas las personas que lo integran son mujeres, y en el segundo, la mitad son mujeres. Sin embargo la participación de las mujeres en otros Comités de vigilancia de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos generales es mucho menor.

³⁹ Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/Membership.aspx>;
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/Membership.aspx>;
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/Membership.aspx> [Acceso 19 de febrero de 2014].

relegados a una especial y limitada categoría. Como los hombres no sufren discriminación por razón de sexo o violencia machista en pareja o sexual, estos temas son asignados a una esfera separada y tienden a ser ignorados. Mientras las experiencias de las mujeres no se tengan en cuenta dentro del orden legal internacional dominante, empezando por una igual representación de las mujeres en los órganos de decisión política, la aplicación universal del DI no dejará de ser una falacia (Charlesworth, 1995). Estos datos evidencian la necesidad de promover con la máxima celeridad posible un equilibrio entre sexos que subsane la subrepresentación de las mujeres, como ha ocurrido con la adecuada representación geográfica (Castro-Rial Garrone, 2001). La búsqueda de una representación equilibrada dentro de los organismos internacionales que dé cabida a personas de diferente procedencia regional ha sido uno de los objetivos principales de Naciones Unidas desde el inicio de los procesos descolonizadores de los años 60. Esta sensibilidad debería extenderse respecto al sexo de los/as delegados/as o representantes. El DIDH podría cambiar si sus instituciones fueran realmente representativas de ambos sexos en su composición hasta alcanzar como mínimo la equidad de género. Sin duda alguna, ello podría contribuir a ampliar los horizontes del DIDH para incluir temas previamente entendidos como domésticos

Una vez examinadas las limitaciones de la estructura institucional-organizativa del DIDH paso al análisis de las limitaciones en la estructura normativa o conceptual.

2. Limitaciones de la estructura normativa o conceptual

Algunas autoras feministas, centrando su atención sobre las injusticias sistémicas que las mujeres sufren y con el objeto de visibilizarlas, han puesto de manifiesto que muchos estándares jurídicos sobre los que se basa el DIDH están mediatizados por el género, no siendo por tanto neutrales como se pretende (Cook, 1994a). Así los intereses de las mujeres han sido ignorados o subestimados (Charlesworth, et al., 1992), lo cual ha incidido negativamente en el reconocimiento de las violaciones de los derechos de las mujeres. Algunos de estos estándares o conceptos jurídicos fundamentales cuya interpretación androcéntrica dificulta el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, son:

1. el principio de igualdad interpretado de manera restrictiva o asimilacionista,
2. la prohibición de discriminación basada en derechos individuales y no teniendo en cuenta la discriminación grupal,
3. el concepto de género y la transversalización del enfoque de género, conceptos que han perdido toda connotación política y poder transformador,
4. la dicotomía público-privado por la que el DIDH se abstiene de regular aspectos de la esfera privada dejando sin protección a las mujeres, ya que muchas violaciones de los derechos humanos de las mujeres se producen en este ámbito y
5. la teoría de la responsabilidad estatal por la que, por regla general, sólo se admite la responsabilidad del Estado por actos cometidos por agentes estatales, cuando muchas de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres son cometidos por agentes no estatales.

A continuación voy a abordar cada una de las limitaciones que acabo de enumerar empezando por el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

2.1 Principio de igualdad y prohibición de discriminación

Cualquier análisis feminista del derecho trata de averiguar cómo funciona el sistema jurídico en relación con la igualdad/diferencia y la igualdad/desigualdad, es decir, en relación a la cuestión del género. Durante mucho tiempo, el problema del género ha estado planteado en términos de igualdad y diferencia: cómo tratar la diferencia de las mujeres para conseguir la igualdad. Desde hace unas décadas, la cuestión ha sido trasladada al concepto de dominio y subordinación dejando de lado la diferencia, por entender que ésta es creada por la sociedad de diferentes maneras, siendo una de ellas el derecho.

Inicialmente parecía que la igualdad ante la ley y en la ley, en definitiva, las leyes “ciegas” al sexo eran el paso que iba a permitir un mundo más igual. En las luchas de las sufragistas y en las reivindicaciones de los años sesenta el denominador común fue la búsqueda de una igualdad que inevitablemente ha de aceptar como modelo las

pautas existentes derivadas de la idealización de las características masculinas y de la aceptación del *modus vivendi* resultante. En esos momentos se pensaba que era suficiente con cambios legislativos que derribasen barreras de acceso de las mujeres al mundo de lo público, ya fuese político, laboral o social (Fries et al., 1999). La desaparición de los impedimentos para las mujeres, el reconocimiento de los derechos que les habían sido negados y la aparición de leyes neutrales supuso un avance innegable y un paso previo y necesario para las posteriores reivindicaciones. Pero las mujeres llegaban tarde a un mundo, el de lo público, construido a la medida de los varones y dando por supuesto un reparto de roles no cuestionado (Beltrán, 2008). La ley ciega al género ignora y devalúa las diferencias en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad que se basa en una falsa universalización del sujeto masculino y en la igualdad de las mujeres por asimilación (Ferrajoli, 1999).

En busca de otro modo de entender el principio de igualdad, voy a exponer los cuatro modelos de gestión de la igualdad que Ferrajoli (1999) distingue. Ferrajoli diferencia cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia a partir de los cuales podemos situar, al menos en parte, el debate feminista sobre la igualdad. El punto de partida es que la diferencia de sexo es una diferencia paradigmática, en el sentido de que ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares), en oposición a las desigualdades que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas, sino únicamente con las discriminaciones de que son objeto y/o la disparidad de condiciones sociales. Parte de que las diferencias son características constitutivas de la identidad de cada persona y que, por lo tanto, tienen un valor, mientras que las desigualdades son discriminaciones, situaciones sociales de desventaja producidas por una característica no suficientemente valorada que la acción del derecho ha de remover o compensar.

El primer modelo es la “indiferencia jurídica de las diferencias”. En este modelo las diferencias no se valorizan ni desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente, se las ignora. En estas sociedades, el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza y, en particular, la diferencia sexual se resuelve en

la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico “natural” de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de la diferencia” en el que se valorizan algunas identidades mientras que otras se desvalorizan, jerarquizándose las identidades en un sistema estático. Las identidades determinadas por diferencias valorizadas tienen un *status* privilegiado y son fuente de derechos y poder, incluso sobre un falso modelo de universalismo modelado sólo sobre sujetos privilegiados, mientras que las identidades determinadas por diferencias desvalorizadas (mujer, judío, extranjero) se asumen como *status* discriminatorio: fuentes de exclusión, de sujeción y persecución. Es el paradigma de los sistemas discriminatorios de castas y también el de las primeras constituciones liberales cuando la igualdad y los derechos universales aparecen pensados únicamente con relación al hombre, blanco y propietario. Igualdad como falsa universalización del sujeto masculino que en el plano jurídico excluye a las mujeres, discriminándolas del disfrute de muchos derechos que denomina universales. En este modelo las diferencias, empezando por la diferencia sexual, están pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y como discriminaciones, cubiertas de un falso manto de universalismo.

Al tercer modelo de configuración jurídica de la diferencia lo denomina “homologación jurídica de la diferencia”. Las diferencias resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. Más que resultar privilegiadas o discriminadas, como sucedía en el modelo anterior, las diferencias resultan desplazadas, o peor aún, reprimidas y violadas en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Es el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales⁴⁰ que, sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado, lo asumieron como término “normal” y “jurídico” idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él. Así la diferencia femenina no

⁴⁰ Ésta sería la igualdad ilustrada que afectaba en sus inicios a unos pocos individuos y excluía a muchos y muchas más. Los ilustrados atribuían la igualdad de derechos a un sujeto con unas características que eran las características correspondientes a ciertos varones. La exclusión de las mujeres del proyecto ilustrado está vinculada a la idealización de las características masculinas hasta convertirlas en las características humanas (Beltrán, 2008).

sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que resulta desconocida, ocultada, enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas, o se finge que son como el varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento, en caso contrario son penalizadas. Se trata de un modelo basado en la asimilación jurídica de las mujeres a los varones y, por consiguiente, en una ficción de igualdad que deja de hecho sobrevivir la desigualdad como fruto del desconocimiento, de la abstracción de las diferencias.

Benhabib (1987) denomina esta situación descrita en el tercer modelo de Ferrajoli como un *universalismo sustitucionalista* que define como el universalismo que se identifica con las experiencias de un grupo específico de sujetos (en general hombres blancos propietarios) como paradigma de lo humano. Estas teorías parten del *otro generalizado*, el sujeto universalizado del que se abstraen las diferencias para reconocerlo como igual. Esta concepción del sujeto ha supuesto que se estructuren las relaciones con los otros desde la igualdad formal y la reciprocidad.

Este tercer modelo “resume la situación actual en la que se ponen sobre el tapete las consecuencias desigualitarias del modelo representado por el principio de neutralidad y falsa universalización que han conducido a ignorar y a negar los derechos considerados universales a las mujeres y que, en gran parte, sigue vertebrando las respuestas jurídicas en la vida cotidiana” (Añón, 2001: 22 - 23). Este modelo de igualdad asimilacionista es el modelo de igualdad presente en el DIDH y el DIPR, por ello éstos resultan, en muchos casos, ineficaces para dar una respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y, consecuentemente, para permitir que las mujeres sean reconocidas como refugiadas. Este modelo produce una discriminación indirecta⁴¹ u oculta que es definida por Añón (2001: 29) como “aquella que hace abstracción de las diferencias y, en virtud de la aplicación de criterios neutros para establecer un tratamiento igualitario, genera unos efectos desfavorables, perjudiciales en unos sujetos frente a otros”. Por eso, “es necesaria una redefinición

⁴¹ Frente a la discriminación indirecta, la discriminación directa sería aquella que establece un tratamiento desfavorable, que carece de justificación racional y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada.

del principio de igualdad que no haga abstracción de las diferencia de género, es decir, reivindicar en el ámbito de lo jurídico el principio de igualdad y el reconocimiento de las diferencias” (Añón, 2001: 18, Kaufman, et al., 1995).

Con este objetivo Ferrajoli propone su cuarto modelo: “la valoración jurídica de las diferencias” basado en el principio jurídico de igualdad en derechos fundamentales⁴² –políticos, civiles, de libertad, sociales- y al mismo tiempo un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo se distingue del tercero en tanto en cuanto no desconoce las diferencias sino que, al contrario, las reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas. Pero este igual derecho es una norma, destinada como toda norma a ser violada en algún grado y medida, por eso también debe pensarse y elaborarse garantías para su efectividad.

Lo que propone Ferrajoli es abandonar el tercer modelo homologador y descriptivo para adoptar el modelo de la igualdad normativa basada en derechos fundamentales y garantías para convertir estos derechos en derechos efectivos. Es lo que él denomina “igualdad jurídica” que define como la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales o “universales” (civiles, políticos y sociales) independientemente del hecho de que los titulares entre sí sean diferentes. En este sentido universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son la misma cosa. Este cuarto modelo propuesto por Ferrajoli coincide con el *universalismo interactivo* que propone Benhabib frente al *universalismo sustitucionalista*. El universalismo interactivo reconoce la pluralidad de modos de ser humano, diferenciando entre las personas sin inhabilitar la validez moral y política de estas pluralidades y diferencias. Este nuevo universalismo parte del *otro concreto*, de las diferencia existentes entre los individuos y propone basar nuestras relaciones en la equidad y la reciprocidad complementaria. Las diferencias nos complementan, no nos excluyen.

⁴² Siguiendo a Bobbio (1993: 70-76), “ la igualdad en derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, como son los derechos civiles y políticos, generalmente reconocidos en todas las constituciones modernas”.

Para Mestre (2006) el derecho tiene un reto doble. Por un lado plantearse cómo partir de las diferencias para llegar a la igualdad, definida de un modo diferente. Sin embargo, este análisis parte de la base de que las diferencias son previas a la acción del derecho y, por eso, el otro reto es analizar el derecho como un sistema que puede crear estas diferencias, articular de una manera concreta unas determinadas posiciones de sujeto (Mouffe, 1993), reforzando exclusiones, y contribuyendo a mantener un sistema complejo de opresión determinado. Según Mestre, los modos de gestionar el principio de igualdad sugeridos por Ferrajoli sólo abordan el primero de los retos que tiene el derecho, es decir, Ferrajoli no problematiza el derecho, al no tener en cuenta que el derecho pueda ser una de las estructuras que cree la diferencia sexual. El acercamiento a la igualdad por parte de Ferrajoli se ha hecho dando por supuesto que el lenguaje del derecho puede dar respuesta, en clave jurídica, a las diferencias, lo que significa afirmar que el derecho no tiene nada que ver en la configuración de las diferencias, cuando puede ser que lo que se trate como una diferencia, en realidad sea una cuestión de subordinación.

Este objetivo emancipador del derecho ha sido interpretado de manera distinta por la diversidad de feminismos ya que, cada uno de ellos, da un significado diferente a los conceptos de igualdad, desigualdad, diferencia, a la relación del derecho con las mujeres, y responden de manera diferente a la pregunta de cómo el derecho funciona en relación a la igualdad/diferencia o a la igualdad/desigualdad: a la cuestión del género. La igualdad garantizada por el feminismo liberal no era suficientemente satisfactoria por cuanto legitima un sistema desigual. No es suficiente pedir que se nos aplique el mismo estándar que a los hombres, porque el estándar mismo es conflictivo. El feminismo liberal no se había cuestionado que las normas que querían aplicar a las mujeres podían ser masculinas. Este modelo es lo que MacKinnon (1984) denomina el *enfoque dominante*, del que emergen dos sendas diferentes: uno, la neutralidad, *ser igual que los hombres*, la igualdad formal y otro *ser diferente a los hombres*, *el beneficio de la regla especial*, en relación por ejemplo con el embarazo. Es decir, este enfoque dominante utiliza dos estándares: el de la uniformidad, según el cual las mujeres son medidas según sus similitudes con los hombres, nuestra igualdad juzgada por nuestra proximidad a los hombres, y el estándar de la diferencia en el que las

mujeres son medidas de conformidad con la falta de similitud con los hombres. De este modo la masculinidad es el referente para los dos estándares.

Pero el problema de las mujeres no es un problema de discriminación sino de subordinación (Kim, 1993), y si el problema es la subordinación, entonces se trata de una cuestión de poder y no de diferencia (Charlesworth, 1994, Barrère, 1997, Mestre, 2006)⁴³. Es la subordinación de las mujeres la que crea la diferencia y no al contrario, es decir, la diferencia es creada a partir de las relaciones sociales de dominio y de poder. Por ello es importante entender que las cuestiones de igualdad son cuestiones de poder y en qué medida el derecho participa de este poder y puede transformarlo o no. El estándar que debería aplicarse en el DIDH debería centrarse en la *exclusión/desventaja* de las mujeres más que en la *similaridad/diferencia*. Una ley o una política que mantiene o agrava las desventajas de un grupo persistentemente desaventajado es discriminatoria. El test de la *exclusión/desventaja*, en contraposición al test *similaridad/diferencia*, obliga al juez a mirar a las mujeres tal y como funcionan en la vida real para determinar si el abuso o privación de poder a las mujeres es debido al lugar que ocupan dentro de una jerarquía sexual. En el test de la exclusión/desventaja no es necesario ningún elemento de comparación, ni masculino ni de ningún tipo (Cook, 1994a).

El DIDH debería ir más allá del paradigma discriminatorio hegemónico. Esto no significa que tengamos que renunciar al derecho antidiscriminatorio ya que éste puede tener un potencial importante si desplazamos la cuestión desde los individuos a los grupos. Así lo hace Barrère (2008) al proponer el concepto de derecho antidiscriminatorio grupal. Distingue entre discriminación *individual* y *grupal* (Barrère, 1997). Ésta última se produce cuando las personas discriminadas pertenecen a determinados grupos respecto a otros (por ejemplo, negros respecto a blancos, judíos respecto a cristianos, mujeres respecto a varones, etc.).

⁴³ Mestre (2008) sostiene que, pese a las profundas discrepancias existentes dentro de la teoría feminista del derecho, hoy en día esta teoría mantiene que el problema de las mujeres en las sociedades patriarcales es un problema de poder y no de "diferencia".

Hacer esta distinción es importante por varias cuestiones: 1. Por cuanto las discriminaciones grupales suelen manifestarse o percibirse como individuales; 2. Este tipo de discriminación afecta tanto a las mujeres como otros grupos concretos y hace referencia a la discriminación en términos genéricos de sexo, raza, religión, etc., implica ocultar que la discriminación no afecta a la raza, sexo, religión, etc. en abstracto sino al sexo femenino, a la raza negra y a la religión judía; 3. Que la discriminación que sufren las mujeres en cuanto grupo presenta unas características propias y específicas, es decir, siempre representa un *plus* de discriminación a otras discriminaciones posibles; y 4. Que el prejuicio sobre el que se basa la discriminación grupal que sufren las mujeres frente a la que sufren otros grupos suele considerarse *benigna*, es decir, se trata de una discriminación que para ser considerada como tal, necesita romper con roles y estereotipos asignados a las mujeres con un pretendido afán protector (Barrère, 1997: 29).

Al proponer este concepto de discriminación grupal, Barrère parte del potencial que tiene este término frente al de igualdad como motor para el cambio jurídico. Si bien no es posible formular planteamientos de justicia social sin invocar la igualdad, se puede y se debe modificar el tratamiento que ha recibido dicho término en la cultura jurídica tradicional si lo que se pretende es responder a la problemática intergrupal en general, y de las mujeres en particular. Para la cultura jurídica liberal, todavía hoy hegemónica, según esta autora, la teorización del derecho está presidida por la idea de igualdad de “todos”. No importa que esa igualdad política esté basada en un falso universalismo. No se requiere mayor intervención del Estado que, además, de este modo, se presume que actúa neutralmente. Los individuos tienen reconocidos unos derechos iguales, ahora sólo se trata de intermediar para que el ejercicio abusivo (pero individualizado) de unos no interfiera en los derechos (pero individuales) de otros. La idea de justicia se traduce en igualdad de *status* jurídico individual, y ésta en igualdad formal (indiferenciación en la ley y relación de similitud también presidida por la indiferenciación formal en su aplicación) y, para su preservación, la neutralidad estatal.

Frente a esta idea de la justicia como igualdad individual, indiferenciadora y preservada por la neutralidad estatal, los “grupos” se rebelan. Las protestas sociales

obligan a un cambio de paradigma jurídico y, en el ámbito de dicho cambio, cabría insertar el derecho antidiscriminatorio y el potencial crítico del concepto de discriminación intergrupala. La idea de justicia como igualdad individual presidiría el modelo del “derecho privado clásico”, un modelo que partiría de una idea de sociedad en equilibrio o en situación de estabilidad y que limitaría las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas. Como correctivo de este modelo estaría el modelo del “derecho social”, presidido por la consideración de la sociedad en conflicto permanente y una multiplicación de las funciones del Estado que tendría que fijarse en los grupos postergados. Partiendo de este último modelo, el cambio socio-jurídico en aras de una mayor justicia social intergrupala puede activarse desde la idea de igualdad o desde la idea de discriminación. Optando por la primera se ha ido desarrollando desde hace varias décadas un gran filón de crítica al planteamiento liberal e individualista del derecho, que se plasma en la defensa de los derechos sociales y que se articula en versiones modernas y sugerentes del principio de igualdad como el que plantea Ferrajoli. Barrère, sin desmerecer esa vía y para rentabilizarla mejor, con el fin de afrontar más específicamente la problemática intergrupala no reductible a lo económico, plantea partir del concepto de discriminación intergrupala, superando el concepto de discriminación entendido como ruptura individualizada de la igualdad de trato formal (Barrère, 1997).

La idea fundamental que subyace al concepto de discriminación grupal es romper con el presupuesto según el cual, para el derecho no existe discriminación mientras no exista conducta imputable individualmente, como ocurre, por ejemplo, en los casos tipificados como discriminación directa o indirecta, como el despido de una mujer embarazada o el pago menor de la hora a tiempo parcial que la hora a tiempo completo en determinadas empresas. Frente a este presupuesto, se postula el reconocimiento por parte del derecho de que la ruptura de la igualdad intergrupala existe, en cuanto es detectable empíricamente a través de los oportunos análisis sociológicos. La segunda idea tiene que ver con la responsabilidad del derecho, en el sentido de que, si la discriminación intergrupala existe, respecto de la misma, no hay comportamientos “inocentes” o neutrales del derecho. Esta idea tendría una consecuencia clara: el deber del derecho y la cultura jurídica de establecer

mecanismos e instrumentos para identificar y eliminar tratos o conductas discriminatorias, tanto a nivel político, al elaborar leyes, como no político, por ejemplo rompiendo con la separación entre lo público y lo privado como auténtico acto constitutivo de discriminación intergrupala.

Por ello se elige como punto de partida la discriminación, no sólo frente a la igualdad, sino también frente a la desigualdad. El concepto de discriminación, según Barrère (1997), está asociado a tres ideas que no tiene el concepto de desigualdad: conducta imputable, prejuicio grupal y relaciones de dominio-subordinación no reductibles a lo económico. El concepto de discriminación intergrupala se presenta como un concepto dinámico que implica un deber del Estado y la cultura jurídica en un doble nivel: 1) de reconocimiento de su papel en la producción y reproducción de la discriminación intergrupala y 2) de intervención en su detección y eliminación, de tal manera que si no existe una actuación por parte del Estado, éste en su inactividad estará discriminando por omisión.

El principio de igualdad es inútil ante determinados fenómenos intergrupales de injusticia social ya que un planteamiento en términos de igualdad de trato individualizado deja sin resolver el *status* social intergrupala perpetuando la injusticia social. Por ello es necesaria una teoría de la discriminación intergrupala que refunde la interpretación y aplicación del principio de igualdad a la manifestación individualizada de la discriminación intergrupala.

La aplicación al DIDH y al DIPR de un principio de igualdad no asimilacionista junto con el concepto de discriminación grupal propuesto por Barrère facilitaría el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y el reconocimiento de las mujeres como refugiadas al reconocerse la discriminación que las mujeres sufren como grupo y no la meramente individual.

Una vez expuestas las limitaciones del principio de igualdad y prohibición de discriminación que articula el DIDH y el DIPR y los modos alternativos de aplicar ambos principios, voy a pasar al análisis de los obstáculos derivados de la interpretación actual de los conceptos de género y su transversalización para el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

2.2. Concepto de género y su transversalización en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El término inglés “gender mainstreaming” ha sido traducido como *transversalidad* y se ha convertido en un mantra en las instituciones internacionales como una técnica para responder a las desigualdades entre hombres y mujeres. La idea detrás de este término es que el género tienen que ser tenido en cuenta en las instituciones de derechos humanos generales y no ser entendidas como algo periférico de exclusiva competencia de las instituciones especializadas, esto es el “gender sidestreaming”. Este término empezó a utilizarse en relación a cuestiones de desarrollo y en 1985 la III Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas (Nairobi) la utilizó como una “política” o estrategia. En el documento final de la Conferencia, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)⁴⁴, las participantes estipulan que los derechos humanos de las mujeres se integren transversalmente en la actividad de Naciones Unidas, sin que ello fuera en detrimento de la protección que llevaban a cabo los órganos especializados. Pero se puede decir que se incorpora definitivamente en la agenda política internacional en 1995 mediante la Plataforma de Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial celebrada en Beijing, cuando la comunidad internacional asumió el compromiso de lograr la igualdad entre hombres y mujeres e invitó a los Estados a integrar la perspectiva de género en todos los programas y acciones (Mestre, 2008).

Pese a la omnipresencia del término en el ámbito internacional la atención prestada por la mayor parte de organismos internacionales a la transversalización del género ha sido poco coherente. En el mejor de los casos se ha prestado atención a la posición de las mujeres en casos concretos, a estadísticas disgregadas por sexo, al lenguaje inclusivo, pero no ha habido ningún intento por entender cómo los estereotipos basados en el sexo y los roles de género pueden afectar a un derecho humano en particular. Las violaciones de derechos humanos son presentadas como

⁴⁴ A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

aspectos inherentes a la vulnerabilidad de las mujeres, como si dicho atributo fuera un hecho biológico (Charlesworth, 1999).

El compromiso de la Plataforma de Beijing con la transversalización del enfoque de género fue posteriormente asumido por la CSW y por el ECOSOC. El ECOSOC lo definió en 1997 como *el proceso de valorar las implicaciones para hombres y mujeres de cualquier acción, incluidas legislación, políticas y programas, en todas las áreas y a todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que los intereses y experiencias, tanto de hombres como de mujeres, se tengan en cuenta en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de políticas y programas en las esferas políticas, económicas y sociales para conseguir la igualdad de género*. Charlesworth (2004) sostiene que esta noción es, por un lado, demasiado amplia y, por otro, demasiado limitada y se ha convertido en un término vacío de contenido. La definición del ECOSOC es tan amplia e inclusiva que resulta difícil entender cómo puede funcionar. Si el *gender mainstreaming* es el *proceso de valorar las implicaciones para hombres y mujeres de cualquier acción* ¿Cómo podemos valorar lo que significa exactamente en cada contexto? Por otro lado, es muy limitada al estar basada en un concepto de igualdad equivalente a igualdad de trato entre hombres y mujeres, dando por supuesto la posición simétrica de ambos. Este modo de entender la igualdad no tiene en cuenta la forma compleja en que la diferencia sexual es creada y mantenida por las relaciones sociales de poder. Tratar a hombres y mujeres como si ambos se enfrentasen a los mismos obstáculos no hace sino perpetuar las disparidades existentes entre ambos, y tratar a las mujeres y a los hombres como si sus intereses fueran contrapuestos muestra una relación muy limitada entre ambos sexos.

Como prueba de la ineficacia de esta definición muchos organismos internacionales generales han entendido la transversalización simplemente como prestar atención al número de mujeres que participan en la esfera pública, desagregar datos estadísticos por sexo o tener en cuenta que el lenguaje sea inclusivo, emitiendo informes que suelen ser breves, y en los que se alude a afirmaciones generales sin ningún tipo de análisis en relación con el género, es decir, sin cuestionarse el impacto del género en el disfrute de los derechos humanos (Charlesworth, 2004). Por ejemplo,

el CDH ha adoptado la Observación General Nº 28 *sobre la prohibición de discriminación*⁴⁵ que comenta el artículo 3 del PIDCP por el que los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados. En el párrafo 13 de esta Observación General se establece que: “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”. Esta Observación General está basada en modelo de discriminación “similaridad y diferencia” que ha sido criticado por el estándar masculino que mide la igualdad. Bajo este modelo se obliga a las mujeres a argumentar que son iguales que los hombres y por tanto merecen ser tratadas igual, que son diferentes a los hombres pero que deberían ser tratadas como si fuesen iguales, o que son diferentes y merecen un trato especial. Este modelo no explora en modo alguno como el derecho, la cultura, la religión o la tradición han construido y mantenido el estatuto subordinado de las mujeres, o hasta qué punto las instituciones están dominadas por los hombres y construidas sobre normas masculinas (Cook, 1994a).

Esta falta de importancia dada a las cuestiones de género no es privativa del CDH. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo internacional encargado de la vigilancia del cumplimiento del PIDESC, también tiene en cuenta el género de un modo muy limitado refiriéndose a la posición de las mujeres en algunas de las observaciones hechas a los informes remitidos por los Estados partes, utilizando la forma de exhortaciones a la no discriminación de las mujeres por razones de sexo, a la inclusión de las mujeres en la toma de decisiones y alguna referencia a las dificultades que las mujeres se enfrentan para acceder al disfrute de algunos derechos (Charlesworth, 2004).

El Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, organismo internacional encargado de la vigilancia del cumplimiento de la *Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial*, en el año 2000 adoptó la

⁴⁵ U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

Recomendación General Nº 25 *sobre la dimensión de género de la discriminación racial*⁴⁶. En dicha Recomendación sólo sostiene que la discriminación racial puede afectar de modo diferente a hombres y mujeres, anuncia su intención de dedicar mayores esfuerzos para integrar la perspectiva y análisis de género, usar un lenguaje inclusivo y desagregar los datos por sexo, pero no se incluyó ningún comentario o valoración sobre cómo el sexo puede afectar a la discriminación racial, es decir, no hay un análisis de la interseccionalidad.

Lo mismo puede decirse del Comité contra la Tortura, órgano que se encarga de la vigilancia del cumplimiento de la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes*, cuya definición de tortura ha sido tradicionalmente interpretada en el sentido de que para que exista tortura debe ser infligida por un agente del Estado, aunque su definición permite configurar como tortura no sólo la dimanante del Estado sino también la que se produce por “instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público” lo que permitiría subsumir la violencia contras las mujeres dentro de su ámbito de protección pese a que dicha violencia sea infligida por agentes no estatales.

Sin duda alguna también ha contribuido a la falta de eficacia en la transversalización del enfoque de género, el modo en que el propio concepto de *género* es entendido dentro de las instituciones de la ONU. Las políticas de la ONU entienden el “género” como sinónimo de “mujeres” (Finley, 1989), como sinónimo de sexo, o como contrapuesto a género. La primera acepción refuerza la idea de que el hombre no tiene género, que es la criatura estándar que no tiene que preocuparse por los temas relacionados con el género. La segunda identifica el género con el sexo, con la biología, implicando que el género es un hecho fijo y objetivo de una persona.

Ambos modos de entender el género no capturan su naturaleza relacional, el rol de las relaciones de poder ni el modo en que las estructuras de subordinación se reproducen. De este modo “se elimina la potencialidad analítica de la categoría género para reducirla a un mero eufemismo, políticamente más correcto. El problema es que

⁴⁶ U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at. 250 (2000).

de este modo se encubren [...] las relaciones de poder entre los sexos” (Tubert, 2003: 7-8). Estas acepciones tan limitadas del género permiten que algunos problemas que sufren las mujeres sean entendidos como el producto de una cultura o tradición particular, e invisibiliza el modo en que el género moldea del mundo. Requiere a las mujeres que cambien pero no a los hombres, dejando intactos, sin cuestionar los roles e identidades masculinas como si fueran naturales e inmutables.

Charlesworth (2004) utiliza como ejemplo del uso del término género como sinónimo de “mujeres” la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁴⁷, y como ejemplo del uso del concepto de género como sinónimo de “sexo” el usado por la Corte Penal Internacional en su estatuto⁴⁸ y por la Plataforma de Acción de Beijing. La Resolución 1325, establece que *introducir la perspectiva de género en las negociaciones de paz implica prestar atención especial a las necesidades específicas de las mujeres y de las niñas en la repatriación, apoyar las iniciativas de paz propuestas por las mujeres y proteger los derechos de las mujeres y las niñas*. De este modo la Resolución 1325 presenta al género como algo que simplemente tiene que ver con las mujeres, sin ninguna conexión con las identidades masculinas en tiempos de conflicto y las pautas de conducta violentas que son aceptadas porque se identifican como masculinas. El concepto de género es de central importancia para el modo en que los conflictos son identificados y resueltos, pero esto no se aborda en la referida resolución. Por otro lado, en cuanto al significado otorgado por el Tribunal Penal Internacional al término género, viene limitado “*a los dos sexos, masculino y femenino*” (artículo 9.3), identificando por tanto género con sexo. Esto fue debido a la presión ejercida por Estados católicos e islámicos para que el término género no incluyera la homosexualidad. Lo mismo sucedió en relación al concepto de género adoptado en la Plataforma de Acción de Beijing. En las negociaciones previas en la redacción del documento final hubo mucha controversia sobre el significado del término género. Muchos estados mostraron gran preocupación por el hecho de que el

⁴⁷ S/RES/1325 (2000), 31 de octubre de 2000.

⁴⁸ A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

término género pudiera ser interpretado incluyendo la homosexualidad. Este debate se reflejó en el Anexo IV que contiene la declaración de la presidenta de la conferencia sobre la interpretación más generalizada del término "género". En dicho anexo se establece que:

1) el término "género" se había utilizado e interpretado comúnmente en su acepción ordinaria y generalmente aceptada en muchos otros foros y conferencias de las Naciones Unidas; 2) no había indicación alguna de que en la Plataforma de Acción pretendiera asignarse al vocablo otro significado o connotación, distintos de los que tenía hasta entonces.

Otro modo de entender el género dentro del DIDH es en contraposición al término sexo, tal y como fue definido por Rubin en el *sistema sexo/género* en donde el *género* se define como todo el conjunto de elementos socioculturales que, diseñados en un momento histórico concreto, se inscriben en el cuerpo *natural*, el sexo. Este es el concepto de género utilizado por el ACNUR en *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*⁴⁹ e incluso por la CEDAW en su Recomendación General nº 28 *relativa al artículo 2* (2010). Según el ACNUR, mientras que *sexo* se refiere simplemente a la descripción biológica de hombre y mujer, es decir, a los atributos físicos, el *género* se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, y son asignadas a uno y otro sexo. En el párrafo 5 de la Recomendación General nº 28 *relativa al artículo 2 de la CEDAW* (2010) dice textualmente:

El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas

⁴⁹ HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

Sendas definiciones de género suponen un paso adelante, si las comparamos con las anteriores, al no limitarse simplemente a identificar el género con mujeres o confundiendo el género con el sexo, pero este modo de entender el género como categoría meramente descriptiva, si bien distingue lo biológico de lo cultural, no nos sirve para explicar cómo se construye la diferencia de los sexos ni las distintas formas que asumen las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y está basada en una dicotomía que busco superar. Por lo tanto, al igual que la acepción del término género adoptada en la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad la ONU, la del Tribunal Penal Internacional y la de la Plataforma de Acción de Beijing, es una acepción muy limitada, y de ahí la incapacidad del término género utilizado por el DIDH y el DIPR para apuntar hacia interpretaciones alternativas de la realidad sesgada que envuelve a las mujeres. Ello no obstante es importante señalar que el hecho de que la Recomendación General Nº 28 del Comité de la CEDAW mencione que las relaciones entre hombres y mujeres son relaciones jerárquicas supone un paso en positivo, aunque no mencione que estas relaciones jerárquicas son relaciones de poder que permiten el dominio y la subordinación femenina.

Lo anteriormente expuesto ilustra el problema de muchos conceptos de la teoría feminista que, una vez usados por las instituciones, pierden su sentido originario (Charlesworth, 2004) y toda su potencialidad transformadora, política y analítica.

Al escaso impacto que la transversalización del género ha tenido hay que sumar el hecho de que esta política ha servido para justificar la reducción de los recursos económicos destinados a organismos especializados de mujeres dentro del sistema de la ONU con la excusa de que, al ser tratados dichos temas dentro del *mainstream*, no es necesario dotar de más fondos a los organismos especializados.

Charlesworth (2004) sostiene que el término *gender mainstreaming* es un término conservador y que cambiar su curso requiere intervenciones más radicales, una redefinición de dicha estrategia, incluso un nuevo término. Sin embargo otras autoras como Mestre (2008) sostienen que el concepto de transversalidad entendido como paradigma, estrategia y herramienta no es reductor sino que constituye un complemento a las acciones de empoderamiento, paridad etc., y que su finalidad es superar la subordinación de las mujeres. Siguiendo a Mestre (2008: 26-27) la transversalidad abarcaría al menos tres niveles:

- a) Se trata de un paradigma o enfoque para analizar la realidad y realizar propuestas políticas. De algún modo se trataría de reconocer que la transversalidad forma parte de o consiste en contribuir a la teoría feminista, realizando tareas propias del feminismo como sacar de la invisibilidad las experiencias de las mujeres y mostrar cómo un determinado sistema social pone a las mujeres en desventaja o las convierte en invisibles. Por otro lado, se trata de explicar esas desigualdades y buscar una nueva manera de entender, ordenar y construir las relaciones sociales y la sociedad de forma no opresora desde el punto de vista del género.
- b) Es también una estrategia integral para transformar la realidad institucional, la estructura y funcionamiento de las instituciones, su composición y los procesos de toma de decisiones.
- c) Y es una herramienta para implementar o incorporar el género de manera transversal en todas las políticas públicas e institucionales.

Partir de la definición de género como paradigma de análisis plenamente reconocido (Adán, 2006, Scott, 1990), del concepto de experiencia (Mohanty, 1984) y entender la transversalización del género como lo hace Mestre (2008) redundaría en un mayor reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y en un mayor reconocimiento de las mujeres como refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria.

Una vez analizadas las limitaciones del concepto género y su transversalización, voy a exponer las limitaciones que la dicotomía público-privado representa para el DIDH.

2.3. Dicotomía público-privado aplicada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Pese a que la dicotomía público-privado ha sido duramente atacada por ser una construcción ideológica (Okin, 1998), continua teniendo un profundo arraigo en la razonamiento jurídico (Kim, 1993) y el DIDH, incluido el DIPR, adopta el discurso del contrato social del Estado liberal y sus valores (Romany, 1994, Pateman, 1989).

El DI moderno se basa y reproduce varias dicotomías entre lo público y lo privado (Kim, 1993). Una de estas distinciones es la que opera entre el Derecho Internacional público, que regula las relaciones entre los Estados-nación, el Estado como único actor del DI (Subedi, 1997), y el Derecho Internacional privado, que regula los conflictos entre las legislaciones de los Estados-nación. Otra distinción es la que opera entre temas de interés público internacional y temas privados de los Estados que son considerados de sus jurisdicciones, áreas en la que el DI no tiene interés. El artículo 2 (7) de la Carta de la ONU ha sido tradicionalmente invocado para justificar la dicotomía público/privado. Dicho artículo establece que *ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta.*

A un nivel más profundo encontramos la dicotomía público/privado basada en el género. Esta dicotomía muestra la forma en que el derecho ha sido utilizado para excluir a las mujeres del ámbito público, de determinadas profesiones, del mercado de trabajo, del voto, etc. Y por otro lado, la forma en que el derecho ha definido aquellos campos que debe regular y los que no, ya que tradicionalmente se ha interpretado que, por el principio de intervención mínima del derecho, éste no debe inmiscuirse en la esfera privada de los individuos, confundiendo la esfera de la privacidad (la esfera de la intimidad, esfera privada masculina) con la esfera doméstica (la esfera privada femenina) a la que son adscritas las mujeres (Murillo, 1996).

Analizar este segundo punto es de gran utilidad para comprender la escasa protección brindada a las mujeres por el DIDH y por el DIPR. La ley siempre ha actuado dentro de la esfera pública: se considera apropiada para regular el mundo del trabajo, la economía y la distribución del poder político, mientras que la intervención del Estado en el ámbito familiar y del hogar ha sido tradicionalmente considerada inapropiada. Esta división implica que el mundo privado es un mundo que queda fuera del control estatal (Fries, et al., 1999). El mito de que el poder del Estado no es ejercido en la esfera privada asignada a las mujeres enmascara su control ya que la política de no intervención no es neutral. En el nivel práctico, deja a las esposas sin defensa frente a la dominación de sus maridos y, en el nivel ideológico, desvaloriza a las mujeres y sus funciones (Olsen, 2000). La ausencia de regulación por parte del Estado en la esfera privada devalúa a las mujeres, dando la impresión de que las mujeres no son suficientemente importantes para merecer la regulación jurídica. La falta de regulación, por ejemplo de la violación dentro del matrimonio no es neutral sino que legitima el poder de los maridos sobre sus esposas. Tampoco es neutral la ausencia de intervención estatal ante casos de violencia machista en pareja por entender que se trata de un “tema familiar” (Kim, 1993). El hecho de que el derecho en general tenga tan poca conexión con las preocupaciones cotidianas de las mujeres refleja y subraya su insignificancia. De esta forma el derecho fracasa en su intento de ser verdaderamente racional, objetivo y universal (Olsen, 2000).

La mayor parte del daño que sufren las mujeres se produce en la esfera privada, familiar (Cook, 1994a, Charlesworth, 1995 y Villanueva Flores, 2006), sin embargo, las mujeres siempre han experimentado problemas para convencer a las autoridades competentes de que los actos violentos cometidos contra ellas eran actos criminales, que las violaciones de sus derechos son violaciones de derechos humanos⁵⁰, o que la

⁵⁰ Pitch (2003) hace referencia al término acuñado por Adrian Howe (1991) *social injury* para dar nombre y hacer objeto de una posible acción judicial a ofensas y daños que tienen una trascendencia colectiva, y hasta ahora han sido vividos como algo privado, individualmente experimentado, públicamente invisible y jurídicamente irrelevante. *Social injury* es un concepto que, según Howe, se presta bien a dar cuenta de daños, ofensas, sufrimientos que tienen que ver con las mujeres como grupo o como grupo subordinado, introduciendo en el lenguaje jurídico clásico liberal conceptos y

persecución que sufren por motivos de género legítima que puedan solicitar asilo y ser reconocidas como refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria. La dicotomía público-privado opera tanto en el modo habitual de interpretar los derechos civiles y políticos (derechos de primera generación), los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación) como los derechos colectivos (derechos de tercera generación). Entender cómo opera esta dicotomía en relación con los derechos civiles y políticos es muy claro si tomamos como ejemplo la protección del individuo contra la violencia y la reticencia del DIDH a considerar la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos. El PIDCP invisibiliza el daño que sufren las mujeres pese a que en su artículo 2 establece que los Estados parte se *comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Aunque el PIDCP contiene artículos con un gran potencial para abordar el tema de la violencia contra las mujeres como los artículos 6, 7 y 9 que consagran respectivamente el derecho a la vida, la prohibición de tortura o pena y trato inhumano o degradante y el derecho a la libertad y seguridad, estas previsiones han sido tradicionalmente interpretadas de un modo restrictivo obstaculizando el reconocimiento de la violencia machista en pareja como un tema de derechos humanos (Roth, 1994). Así pues, estas previsiones han sido interpretadas como únicamente aplicables a personas perseguidas por una motivación política ya que, en un principio, los disidentes políticos eran el principal foco de preocupación y de protección. Aunque es comprensible la preocupación internacional por la protección de los disidentes políticos, no hay nada en el PIDCP que indique su limitación a este colectivo. En esta línea, organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos como Amnistía Internacional o Human Rights Watch fueron

esquemas que fuerzan su rigidez y lo abren a la consideración de “males” colectivos derivados no tanto de particulares acciones ofensivas, cuanto de enteras estructuras de poder.

fundadas para proteger a personas que habían sido encarceladas por sus opiniones políticas. Con el paso del tiempo, ambas organizaciones, han extendido su mandato más allá de los presos de conciencia, para dotar de protección a presos por crímenes comunes (ejecuciones sumarias llevadas a cabo por la policía, condiciones de detención tanto de presos de conciencia como comunes, etc.). Aunque los presos comunes no son perseguidos por su opinión o creencias políticas, existe una dimensión política en los abusos cometidos contra ellos ya que normalmente los abusos se ejercen como un método de control social. Del mismo modo la supuesta ausencia de motivación política detrás de la violencia contra las mujeres no debe impedir que ésta sea considerada como un tema de derechos humanos. Al igual que sucede con los abusos cometidos contra presos comunes, la violencia contra las mujeres también tiene una dimensión política al servir como una forma de control social que refuerza la subyugación de las mujeres. Pero ni siquiera esta dimensión política es necesaria para abordar la violencia contra las mujeres, ya que si no tiene relevancia la opinión política del preso común para denunciar las condiciones en las que ha sido detenido, permanece encarcelado, o para brindarle protección frente a una ejecución sumaria, tampoco debe tener importancia la opinión política de una mujer que es víctima de violencia. Una mujer asesinada por su esposo en defensa de su honor es privada de su vida de forma arbitraria al igual que lo es un preso común ejecutado sumariamente por la policía.

Sin embargo, el artículo 6 del PIDCP no contempla como las mujeres necesitan protección jurídica para poder disfrutar del derecho a la vida. Para las mujeres, desde el momento de la concepción hasta la vejez, el hecho de ser mujer es un riesgo: aborto e infanticidio motivados por la presión social y cultural que favorece el nacimiento de niños frente al de niñas, malnutrición debido a prácticas sociales que dan prioridad para alimentar a los niños y varones, menor acceso a servicios de salud por parte de las mujeres o violencia endémica contra las mujeres en todo el mundo (Charlesworth, et al., 1993). Este enfoque no contempla la elevada cifra de mujeres que mueren al año por causas relacionadas con el embarazo y parto o por falta de servicios médicos adecuados (Cook, 1994a). Como señala Bunch (1995), si la violencia contra las mujeres, en lugar de ser considerada como un comportamiento aberrante, es entendida como

parte de la estructura universal de subordinación de las mujeres, estructura mantenida por la jerarquía patriarcal del Estado-nación, nunca podrá ser considerada como un tema privado. Pese a las evidentes pruebas de la violencia que atenta contra el derecho a la vida de las mujeres, el DIDH no la refleja debido a que la noción del derecho a la vida suele centrarse en la acción pública del Estado, efecto directo de la aplicación de la dicotomía público-privado.

El derecho a la libertad y seguridad también es susceptible de ser interpretado de una forma más incluyente (Cook, 1994a). El derecho a la libertad consagrado en el artículo 9 del PIDCP, al igual que el artículo 6, sólo opera en un contexto de acción directa del Estado. De este modo, no tiene en cuenta el temor a la violencia sexual por parte de las mujeres (West, 1988) y el derecho a la privacidad puede ser interpretado en el sentido de no injerencia estatal dentro del hogar en donde se produce la mayor parte de la opresión hacia las mujeres.

Las historias personales de las mujeres son un testimonio de las atrocidades que se cometen contra su integridad física e independencia cuando no son valoradas por sí mismas, sino por su castidad, por la posibilidad de contraer matrimonio o por la indiscriminada disponibilidad para los hombres. La garantía de castidad buscada por medio de la mutilación genital femenina supone un riesgo para la vida y su salud (Toubia, 1995) y niega a las mujeres la libertad y seguridad. El derecho a la libertad y seguridad está vinculado al derecho a la vida: la imposibilidad de las mujeres de decidir sobre si quieren tener descendencia y cuándo así como la falta de control sobre su propio cuerpo compromete el derecho a la libertad y seguridad a la vez que amenaza la vida y la esperanza de vida de las mujeres.

Una miopía similar la encontramos en la prohibición de tortura. Ha sido tradicionalmente interpretado que la característica central de la definición jurídica de tortura es que ésta tiene lugar en la esfera pública. Sin embargo, la *Convención contra la Tortura* considera como tortura también la “infligida por, o instigada por, o con el

consentimiento o aquiescencia de un funcionario público”⁵¹, lo que permite calificar como tortura actos de violencia contra las mujeres pese a que ésta se produzca por agentes no estatales. Aunque muchas mujeres son víctimas de tortura en la esfera pública, la mayor parte de violencia hacia las mujeres se produce en la esfera no gubernamental (Charlesworth, et al., 1993), lo que dificulta que la violencia que sufren las mujeres se considere tortura.

Experimentar tortura o pena o trato inhumano o degradante es uno de los supuestos legales, tanto en la legislación europea como en la legislación nacional española de asilo, para que una mujer pueda ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria, aunque no como refugiada. Por eso detectar el sesgo androcéntrico que impregna la definición de tortura y evidenciarlo es de gran importancia para facilitar un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y, en concreto, para que las mujeres necesitadas de protección internacional experimenten menos obstáculos para el reconocimiento del estatuto de protección subsidiaria.

Por lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, el hecho de que los derechos de segunda generación no atiendan al paradigma clásico de individuo vs. Estado, hace que su estatuto sea más controvertido. Por un lado, hasta que el 10 de diciembre de 2008 se adoptó el Protocolo Facultativo del PIDESC⁵², los mecanismos de vigilancia de este instrumento internacional eran más débiles ya que el Comité PIDESC no era competente para conocer de quejas individuales, a diferencia del Comité del PIDCP que, cuarenta y dos años antes, ya tenía reconocida esta competencia en el Protocolo Facultativo del PIDCP de 16 de diciembre de 1966. Por otro lado, mientras

⁵¹ Artículo 1 de la Convención contra la Tortura dispone que a los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

⁵² A/RES/63/117.

que el PIDCP exige a los Estados *respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto*, el PIDESC únicamente establece la obligación de los Estados de *comprometerse a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*.

La manera en que estos derechos son definidos en el PIDESC demuestra la tenacidad de la dicotomía público/privado. El PIDESC no hace referencia al contexto económico, social y cultural en el que viven las mujeres ni a las relaciones de poder cruciales para las mujeres, tanto económica y social como culturalmente (Charlesworth, 1995). Por ejemplo, cuando en su artículo 7 hace referencia al “derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, este derecho sólo se refiere al trabajo en la esfera pública. Sin embargo, muchas mujeres trabajan en la economía informal o dentro del hogar asumiendo las tareas domésticas y este trabajo no es remunerado, ni valorado ni se considera trabajo (Wright, 1992). Siendo esta la realidad, hablar del derecho de las mujeres a un idéntico salario por idéntico trabajo carece de sentido.

Los DESC de las mujeres son reiteradamente violados: remuneración desigual por razón de sexo o edad; la doble y triple jornada de las mujeres, al no haberse producido cambios en la división del trabajo en el seno de la familia y haber asumido las mujeres tanto el trabajo reproductivo como el productivo y comunitario; la falta de trabajo y empleo; la mayor participación de las mujeres en la economía informal, en ocupaciones que realizan en condiciones de insalubridad, con ingresos más bajos y sin acceso a la seguridad social (Domingo, et al., 1998); malos tratos y acoso en los centros de trabajo; explotación inhumana en fábricas y maquilas; discriminación en el acceso a las oportunidades de empleo, caso de estar por ejemplo, embarazada; la superior tasa de analfabetismo en las mujeres; la falta de acceso por parte de las mujeres a ninguna prestación social pública precisamente por no estar vinculada su actividad al empleo

formal, ni a ninguna prestación privada por carecer de recursos económicos para contratar dichos servicios en el sector privado; la exclusión de las mujeres por parte del sector financiero como posibles sujetos de crédito al no cumplir las condiciones requeridas asociadas a la rentabilidad de sus trabajos y a la tierra; y la falta de acceso de las mujeres a la propiedad de la tierra y de una vivienda propia, etc. Muchas de estas violaciones se producen debido al sesgo androcéntrico de la economía, en tanto que discurso teórico mayoritariamente elaborado por hombres (Pérez Orozco, 2004). Uno de los principales sesgos es la estructura dicotómica de la economía que identifica economía con mercados, lo monetario, y trabajo con trabajo en el ámbito público, trabajo remunerado⁵³.

Por último, la noción de derechos culturales o religiosos puede reforzar la distinción público/privado que operan en desventaja de las mujeres: cultura y religión son vistas como esferas fuera de control jurídico aunque permitan la opresión de las mujeres por parte de los hombres. Aunque el derecho a la igualdad y el derecho de libertad religiosa pueden conciliarse limitando éste último, normalmente se concede prioridad a la libertad religiosa.

La comunidad internacional no reconoce la desigualdad de género perpetuada por la interpretación actual de los DESC. Pero hay que tener en cuenta la indivisibilidad de los DESC y de los derechos civiles y políticos (Cook, 1994a) ya que las condiciones económicas, sociales y culturales afectan al ejercicio de los derechos civiles y políticos. Esto requiere incluir dentro de la agenda política los DESC así como una recaracterización de los derechos civiles y políticos, teniendo en cuenta que la

⁵³ Estos pares tienen importantes implicaciones de género, ya que los mercados se utilizan como el término jurídico y normalizado que refleja la masculinidad a la vez que las mujeres y lo femenino son invisibilizados como lo no-económico. Desde este modelo, el hombre está presente en la economía mientras que la mujer está ausente porque si bien la tarea reproductiva se da por supuesta tampoco se valora. Para facilitar el reconocimiento y respeto de los DESC de las mujeres es necesario cuestionar los mercados como centro de la economía y recuperar *los otros* invisibilizados y esta es la tarea principal de la economía feminista. Ésta propone como estrategia alternativa situar en el centro de la economía, no los mercados ni el trabajo asalariado sino la *sostenibilidad de la vida*. Dentro de esta estrategia se utilizan conceptos como el *trabajo de cuidados* y la *feminización del trabajo* como herramientas de deconstrucción para reconocer y dotar de valor al trabajo que las mujeres, tradicional y normalmente, realizan: trabajo doméstico, trabajo de cuidados y trabajo en sectores informales de la economía, como la agricultura de subsistencia.

discriminación económica de las mujeres limita o impide el acceso de éstas a recursos económicos y refuerza la violencia contra las mujeres.

La tercera generación de derechos, los derechos colectivos, de los grupos o de los pueblos, denominados derechos de solidaridad y defendidos por los países menos favorecidos, han sido aceptados con cautela por el *mainstream* por ser derechos que desafían el modelo liberal occidental de derechos que se pueden invocar frente a los Estados. Son derechos de tercera generación el derecho al desarrollo, la democracia y la autodeterminación de los pueblos, entre otros. Puede parecer que este tipo de derechos tiene algo que ofrecer a las mujeres cuyas vidas se caracterizan por una mayor conexión con los otros, centrándose más en la familia, el grupo y la comunidad que en el individuo. Sin embargo el desarrollo teórico y práctico de estos derechos también ha ofrecido poco a las mujeres. Por ejemplo, el derecho al desarrollo es definido e implementado internacionalmente para apoyar el dominio masculino ya que la subordinación de las mujeres a manos de los hombres no es tomada en cuenta al interpretar este derecho. El desarrollo es interpretado como crecimiento económico, sin detenerse en el análisis de los efectos perjudiciales que dicho modo de entender el desarrollo puede tener sobre la mitad de la población a la que intenta beneficiar ya que la mayor parte del trabajo que realizan las mujeres no computa como Producto Interior Bruto. La posición de las mujeres en los países empobrecidos ha empeorado en las tres últimas décadas: el acceso de las mujeres a recursos económicos, a la salud y educación se ha reducido y su carga de trabajo ha aumentado, ya que en los casos en que las mujeres han asumido un rol productivo fuera del hogar, lo han hecho sin abandonar el rol reproductivo, pues los hombres no han asumido la corresponsabilidad de compartir este trabajo. La supuesta generalidad y la aparente aplicación universal de la *Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo*⁵⁴ resulta socavada por la naturaleza androcéntrica del sistema económico internacional que dota de un mayor valor al trabajo realizado por los hombres en la esfera pública que al trabajo realizado por las mujeres en la esfera privada.

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

Lo mismo puede decirse del derecho de autodeterminación de los pueblos. Este derecho ha sido invocado en muchos contextos para dar apoyo a la opresión de las mujeres. Muchos movimientos nacionalistas surgidos tras la descolonización han subordinado a las mujeres definiendo el rol y lugar que éstas deben ocupar dentro de la sociedad. Sin embargo, esta opresión nunca ha sido tomada en cuenta para cuestionar la validez del derecho a la autodeterminación, tal y como es actualmente interpretado, ni para preguntarse cómo debería configurarse de un modo alternativo.

De todo lo anteriormente expuesto deriva la absoluta necesidad de superar esta dicotomía para que el DIDH y el DIPR atribuya igual valor a las violaciones de derechos que se producen tanto en la esfera pública como privada, con independencia de que el agente que viola dicho derecho sea estatal o no estatal, para facilitar el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y su necesidad de protección internacional.

La dicotomía público/privado también opera en el ámbito internacional en relación con la atribución de responsabilidad al Estado. En el epígrafe siguiente analizo dicha cuestión distinguiendo entre la atribución de responsabilidad al Estado por violación de alguno de los derechos consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos generales y por la violación de derechos específicos de las mujeres consagrados en la CEDAW.

2.3.1 Teoría de la responsabilidad estatal

Tanto el DIDH como el DIPR reflejan mal la realidad de las graves violaciones de derechos humanos sufridas por las mujeres (Sullivan, 1995). Uno de los factores que ha contribuido a este silencio es que, históricamente, el DI ha estado centrado en las violaciones cometidas directamente por el Estado, primero dando respuesta a las violaciones entre Estado y, más tarde, a las violaciones de derechos cometidas por el Estado contra individuos, quedando las violaciones de derechos humanos cometidas por un individuo contra otro, como la violencia contra las mujeres, fuera del alcance del DIDH (Thomas y Beasley, 1993).

El DIDH se ha centrado en violaciones de derechos humanos cometidos por el Estado por varias razones. En primer lugar porque el DI evolucionó como un conjunto de normas destinadas a regular las relaciones entre Estados y, aún hoy permanece centrado en el Estado. Segundo, porque los derechos civiles y políticos tienen una posición privilegiada dentro del DIDH y su práctica, pese al reconocimiento formal por parte de la comunidad internacional de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos de primera, segunda y tercera generación. Este dominio de los derechos civiles y políticos ha supuesto una preocupación por poner límites al poder del Estado en lugar de enfatizar las obligaciones positivas en asegurar el disfrute de derechos. Tercero, las normas internacionales relativas a la vida familiar exigen a los Estados proteger la institución familiar, consagrando el derecho de la privacidad de la familia, confundiendo la esfera privada masculina (privacidad) con la esfera privada femenina (doméstica) y partiendo de la idea equivocada del hogar familiar como santuario de seguridad y de las relaciones familiares como relaciones de respeto y apoyo (Thomas y Beasley, 1993).

En este contexto hay que tener en cuenta dos aspectos de la distinción público/privado. En primer lugar los procesos políticos, jurídicos y sociales por los que se construye esta dicotomía. En segundo lugar, la distinción teórica que se produce en el DIDH entre la conducta que puede ser atribuida al Estado y por la que los Estados pueden ser declarados responsables por la comunidad internacional, y la conducta de agentes privados que no implica responsabilidad internacional para los Estados.

En cuanto al primero es un proceso inherentemente político que refleja y refuerza relaciones de poder, especialmente las relaciones de género, raza y clase. En este proceso, determinadas actividades son reconocidas como definitorias del ámbito público y otras como características del ámbito privado. El derecho construye y sostiene relaciones de poder dentro de la vida privada tanto decidiendo regularla como no regularla. Además, lo que puede entenderse por “ámbito público” cambia entre diferentes clases sociales, grupos étnicos, o según diferentes regiones dentro de un mismo país, o entre zonas rurales y urbanas, si bien la característica común de la dicotomía público/privado en diferentes contextos es la atribución de menos valor

económico, social y político a las actividades de las mujeres, lo que es definido como vida privada.

El segundo aspecto a tener en cuenta de esta dicotomía es que el DIDH considera responsables a los Estados por actos u omisiones de sus agentes u órganos. Así actos de violencia contra las mujeres cometidos por estos agentes implican una responsabilidad directa del Estado. Pero la vinculación entre la responsabilidad del Estado por actos de violencia cometidos contra las mujeres por agentes no estatales no es tan directa. Sin embargo, algunos tratados internacionales imponen al Estado responsabilidad por violaciones de ciertos derechos por agentes privados si el Estado ha condonado o consentido los abusos. Recientemente la jurisprudencia de algunos organismos de protección de los derechos humanos ha extendido la responsabilidad del Estado a violaciones de derechos humanos de un individuo por parte de otro individuo cuando, de manera sistemática, el Estado fracasa al perseguir este tipo de violaciones de derechos.

Además, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*⁵⁵, en su artículo 31. 1 establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La presunción de buena fe supone que los Estados partes tienen la obligación de conseguir que los tratados internacionales que ratifican sean efectivos y, en el caso de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para la efectiva aplicación del tratado, estaría violando dicho tratado. Cuando un Estado ratifica un tratado internacional se compromete a dotar de efectividad a las obligaciones asumidas en el tratado dentro de su sistema nacional. Ello puede traducirse en la necesidad de adoptar legislación interna de conformidad con lo previsto en el tratado internacional, modificar la existente, o incluso dotar de contenido efectivo a un derecho mediante el cumplimiento de obligaciones positivas y el Estado será responsable en el caso de no hacerlo (Cook, 1994a).

⁵⁵ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

En principio los Estados no son responsables por los actos que son incompatibles con los estándares de conducta que el Estado está obligado a observar llevados a cabo por personas privadas. Aunque los individuos han adquirido estatus dentro del DIDH moderno, dicho estatus es como beneficiarios de derechos, como litigantes frente al Estado más que como perpetradores de una violación. Por ello, individuos cuyos actos u omisiones son contrarios por ejemplo a la CEDAW no tendrían, en principio, ninguna responsabilidad internacional. Sin embargo el Estado es responsable por no cumplir con sus obligaciones internacionales incluso ante conductas llevadas a cabo por individuos: un Estado no es internacionalmente responsable por un acto privado de discriminación sexual *per se*, pero está obligado a ejercer la debida diligencia para eliminar, reducir y mitigar la incidencia de la discriminación a manos de agentes privados (Cook, 1994a). De ahí el interés en dejar claro cuáles son las obligaciones positivas de los Estados y el alcance del deber de “debida diligencia”. Por ejemplo, la responsabilidad del Estado se plantea cuando éste no proporciona un remedio a una violación de un derecho o cuando no es capaz de prevenir una violación de un derecho. La conducta de un agente privado puede indirectamente indicar la falta de diligencia del Estado, puede considerarse que el Estado ha facilitado la violación de un derecho o ser cómplice de la misma si la violación de dicho derecho se produce de manera persistente y sistemática. De este modo los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han aplicado la teoría clásica de la responsabilidad del Estado realizando una interpretación más amplia e incluyente de algunos instrumentos internacionales como el PIDCP, el CEDH y la Convención Interamericana de Derechos Humanos. De conformidad con esta interpretación, algunos instrumentos internacionales imponen obligaciones positivas a los Estados para prevenir y responder de ciertas vulneraciones de derechos humanos cometidos por personas individuales. Esta jurisprudencia ha interpretado que la obligación de asegurar el disfrute de derechos implica para el Estado adoptar obligaciones positivas, es decir, tomar las medidas necesarias para permitir a los individuos ejercer sus derechos.

Así lo establece por ejemplo el CDH en su Observación General N° 3 *sobre Implementación en el ámbito nacional de su Artículo 2*⁵⁶ que establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar a las personas los derechos reconocidos en el Pacto sin ningún tipo de discriminación. Centrándonos por ejemplo en el derecho a la vida, el Estado viola su obligación positiva de garantizar este derecho si: 1. no establece protección legal adecuada frente a estas violaciones por parte de agentes, tanto estatales o como no estatales; 2. no realiza el esfuerzo necesario para investigar las violaciones; y 3. si no castiga a los responsables y proporciona reparación para las víctimas, una vez ya ocurrida la violación del derecho.

En *Bautista de Arellana c. Colombia*⁵⁷, CDH aplica su Observación General N° 3 insistiendo en la obligación de los Estados de perseguir y castigar a los responsables. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Velásquez Rodríguez c. Honduras*⁵⁸ ya había realizado una interpretación en este mismo sentido unos años antes. En este último caso, que versa sobre desapariciones de personas en Honduras, la Corte determinó que el Estado era responsable de dichas desapariciones aunque fuesen llevadas a cabo por agentes no estatales, por la falta de diligencia para prevenir dichas desapariciones. Lo determinante es si la violación de un derecho se ha producido con el apoyo o consentimiento del Estado, o si éste ha permitido que el acto aconteciera sin tomar medidas para prevenirlo o castigarlo. La Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que el Estado viola su obligación positiva de garantizar los derechos en ella consagrados si: 1. no establece protección legal adecuada frente a estas violaciones por parte de agentes, tanto estatales o como no estatales; 2. no realiza el esfuerzo necesario para investigar las violaciones; y 3. si no castiga a los

⁵⁶ Observación General No. 3 sobre Implementación en el ámbito nacional (Artículo 2), de 29 de julio de 1981. El tenor literal de dicha observación es el siguiente: El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Ello se desprende claramente de varios artículos, pero, en principio, dicho compromiso se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto.

⁵⁷ Comunicación del Comité de Derechos Humanos n° 563/1993, de fecha 14 de junio 1993.

⁵⁸ Sentencia de 29 de julio de 1988.

responsables y proporciona reparación para las víctimas, una vez ya ocurrida la violación del derecho.

Esta jurisprudencia ha sido desarrollada en *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*⁵⁹ en donde se manifiesta que la existencia de una investigación estatal y esfuerzos para sancionar no son suficientes para entender que el Estado ha adoptado la diligencia debida, sino que además debe repararse a la víctima. Sin duda es imputable al Estado toda violación de derechos reconocidos por la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* llevada a cabo por un acto del poder público o de personas que actúan con el poder que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida como consecuencia de una lesión a esos derechos. En efecto un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación⁶⁰.

En el ámbito europeo de protección de los derechos humanos existe una creciente jurisprudencia que consagra la obligación positiva por parte del Estado de tomar medidas para asegurar el disfrute de los derechos humanos y su responsabilidad en el caso de que no lo haga, no sólo en relación con el derecho a la vida (artículo 2) sino en relación con otros derechos consagrados en el CEDH, como el artículo 3 (prohibición de tortura, pena o trato inhumano o degradante), artículo 4 (prohibición de esclavitud y trabajo forzoso)⁶¹, artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y artículo 11 (libertad de reunión y asociación)⁶², entre otros.

⁵⁹ Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 172 y párrafos 181-182.

⁶¹ En *Siliadin c. Francia* (Nº 73316/2001, Sentencia de 26 de julio de 2005), el TEDH sostuvo que la trata de una menor nacional de Togo para destinarla a trabajos domésticos en condiciones similares a la esclavitud (15 horas de trabajo diarias, 7 días a la semana, sin retribución económica, durmiendo en el

En relación con el artículo 2, derecho a la vida, en *Osman c. Reino Unido*⁶³ el TEDH, sostuvo que los Estados no sólo tienen la obligación positiva de proteger este derecho absteniéndose de privar intencional e ilícitamente la vida de las personas sino que también tienen la obligación positiva de adoptar las medidas apropiadas para garantizar el derecho a la vida de las persona dependientes de su jurisdicción. Respecto al artículo 3, la prohibición de tortura, pena o trato inhumano o degradante, en *A c. Reino Unido*⁶⁴, el TEDH sostuvo que los Estados están obligados bajo el artículo 1 y 3 del CEDH a tomar las medidas necesarias para garantizar que los individuos bajo su jurisdicción no sean sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, incluido el maltrato infligido por individuos privados.

El TEDH también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las obligaciones positivas que los Estados tienen para evitar que las mujeres sean violadas. Voy a referirme aquí a dos casos: *X e Y c. Holanda*⁶⁵ y *MC c. Bulgaria*⁶⁶. Aunque el TEDH en el primer caso entiende que se ha vulnerado el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y en el segundo caso sostiene que se ha violado el artículo 3

suelo) era contrario al artículo 4 del CEDH que prohíbe la esclavitud y trabajos forzados, estableciendo que el Estado tenía la obligación de adoptar obligaciones positivas para proteger a la solicitante contra la violación de dicho derecho. En *Rantsev c. Chipre y Rusia* (Nº 25965/04, Sentencia de 7 de enero de 2010) el TEDH condenó a los Estados demandados al considerar que habían incumplido con su obligación de proteger a la hija de la recurrente contra la trata de seres humanos y por haber incumplido su obligación de investigar adecuadamente su muerte. La decisión sostuvo que los Estados miembros tienen una obligación positiva de investigar cuando existe sospecha de trata, y que la trata se encuentra comprendida dentro lo previsto por el artículo 4 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

⁶² En *Young, James y Webster c. Reino Unido* (Nº s 7601/76 y 7806/77, Sentencia de 18 de octubre de 1982), el TEDH determinó que el derecho de libertad de asociación incluye el derecho a no pertenecer a ningún sindicato y que, el Reino Unido, al no prever legislación para la protección contra la discriminación sufrida por una persona que se negaba a afiliarse a un sindicato, era responsable por no haber cumplido con su obligación positiva de garantizar los derechos consagrados en el CEDH.

⁶³ Nº 23452/94, Sentencia de 28 de octubre de 1998.

⁶⁴ Sentencia de 23 de septiembre de 1998. En este caso un niño había sido severamente golpeado por su padre quien, ello no obstante, fue absuelto por los tribunales nacionales alegando que el maltrato a su hijo era un castigo razonable. En la misma línea, en *E c. Reino Unido* (Nº 33218/96, Sentencia de 26 de noviembre de 2000) la recurrente había sufrido abusos sexuales por parte de su padre por un largo período de tiempo. El TEDH entendió que esta conducta era un trato inhumano y que los servicios sociales deberían haber tenido conocimiento del riesgo que corría la menor y haber tomado medidas adecuadas para protegerla.

⁶⁵ Nº 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985.

⁶⁶ Nº 39272/98, Sentencia de 4 de diciembre de 2004.

del CEDH (la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante), en ambos supuestos considera que los Estados son responsables por incumplimiento de obligaciones positivas, bien en relación con el artículo 8 o el artículo 3.

Así, en el primer caso, el TEDH declara al Estado responsable por no haber promulgado legislación penal que permitiese a una joven psíquicamente discapacitada denunciar el hecho de haber sido violada. Afirma que, aunque el objetivo del artículo 8 es esencialmente la protección de un individuo frente a la interferencia arbitraria por parte de las autoridades públicas, esto no sólo implica que el Estado debe abstenerse de interferir, sino que, junto con esta obligación negativa, también implica obligaciones positivas para que el respeto a la vida privada y familiar sea efectivo. Estas obligaciones positivas pueden implicar la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto a la vida privada y familiar incluso en la esfera de las relaciones entre individuos.

En el segundo caso, *MC c. Bulgaria*, el TEDH establece que: 1. la exigencia del Estado búlgaro de requerir pruebas de fuerza o amenaza como elementos necesarios para configurar un delito de violación viola las obligaciones positivas que los Estados tienen; 2. las obligaciones del Estado bajo el artículo 3 no solo son aplicables cuando la violación es cometida por agentes estatales; 3. que los Estados, bajo los artículos 3 y 8, tiene la obligación positiva de promulgar legislación penal que castigue la violación de manera efectiva y aplicar dicha legislación en la práctica mediante una adecuada persecución e investigación del delito. Es decir, que la legislación que penalice la violación debe ser efectiva⁶⁷; y 4. que las obligaciones positivas de los Estados pueden implicar que, en los casos de violación, se utilicen métodos que impliquen un modo de proceder más sensibles al género, especialmente cuando no existan pruebas directas sobre las que apoyar la acusación de violación⁶⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de las obligaciones positivas que los Estados tienen para

⁶⁷ Párrafo 153.

⁶⁸ Párrafo 177 y 181-182.

prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres. En *Maria Da Penha c. Brasil*⁶⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, declaró a Brasil responsable bajo la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)* por no ejercer la diligencia debida para prevenir e investigar la situación de violencia machista en pareja sufrida por la recurrente. Ésta sufrió maltrato por parte de su esposo hasta quedar parapléjica ante la total pasividad del Estado demandado que no tomó ninguna medida efectiva para poner fin a esta situación, pese a las repetidas quejas y súplicas de la demandante. Como resultado de esta sentencia, Brasil promulgó la *ley María da Penha* que califica la violencia machista en pareja como una violación de derechos humanos. En *González y otras (Campo Algodonero) c. Méjico*⁷⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que Méjico había violado la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* y la *Convención de Belem do Pará*. El caso analiza los asesinatos de tres mujeres producidos en Campo Algodonero-Ciudad de Juárez. Desde 1993 hasta 2009 entre 400 y 600 mujeres de entre quince y veinticinco años desaparecieron o fueron asesinadas, negándose el gobierno a investigar las desapariciones y asesinatos. En el año 2005, el Comité de la CEDAW llevó a cabo una investigación y las conclusiones fueron que se estaba produciendo una serie sistemática de asesinatos brutales de mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constata que desde 1993 se han incrementado los homicidios de mujeres en Ciudad de Juárez influenciados por una cultura discriminatoria contra las mujeres. La respuesta del Estado ante estos crímenes documenta la discriminación motivada por el sexo de las mujeres y destaca su incidencia en: a) Las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes en cuanto a la investigación de dichos crímenes por parte de las autoridades; b) los mayores niveles de impunidad en los casos de homicidios de mujeres con características de violencia sexual; c) Los altos grados de violencia, incluyendo la violencia sexual, en algunos de los crímenes documentados; y d) la perpetuación de la violencia contra las mujeres en Ciudad de Juárez. Por ello sostuvo que la repetida inactividad mostrada por el Estado

⁶⁹ Sentencia de 16 de abril de 2001. Caso 12.051, Informe No. 54/01.

⁷⁰ Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, Nº 205.

mejicano frente a esta violencia sistemática le convertía en responsable condenándole por no garantizar la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres. Pese a la importancia que tiene esta sentencia para declarar al Estado responsable por actos de violencia contra las mujeres producidas por agentes no estatales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien condenó al Estado mejicano, no calificó las acciones perpetradas en contra de las víctimas como tortura lo que muestra la necesidad de ampliar el debate en torno a los elementos para identificar y probar la tortura cometida por actores no estatales.

La doctrina de las obligaciones positivas es un mecanismo de importancia fundamental para romper con la dicotomía público-privado y poder declarar responsable al Estado por violaciones de derechos humanos cometidos por un individuo contra otro, sin restringir la responsabilidad estatal a la acción directa del Estado. Constituye, por tanto, un mecanismo para reconocer la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos de las mujeres. De ahí la importancia y el potencial de toda esta jurisprudencia para facilitar el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres (Londono, 2007).

2.3.2 Responsabilidad del Estado bajo la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

No sólo es posible apoyarse en la jurisprudencia que acabamos de exponer para ampliar la responsabilidad del Estado por violaciones de los derechos de las mujeres sino que, además, la responsabilidad del Estado se deduce directamente del propio texto de la CEDAW interpretando conjuntamente la obligación general prevista en su artículo 2 y las obligaciones concretas previstas en los artículos 5 a 16, a la luz de la doctrina jurisprudencial de las obligaciones positivas que los Estados asumen al ratificar un convenio internacional (Cook, 1994a y 1994b).

Voy a analizar en primer lugar, las obligaciones positivas que los Estados deben adoptar para respetar los derechos humanos de las mujeres en general, para abordar a continuación, las obligaciones positivas específicas que los Estados deben asumir para proteger a las mujeres de actos de violencia.

Para abordar las obligaciones positivas que los Estados deben adoptar para respetar los derechos humanos de las mujeres en general derivadas de la CEDAW, llevaré a cabo un estudio pormenorizado del artículo 2. En su párrafo primero contiene una obligación general para los Estados: *que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.* Voy a analizar por separado qué se entiende por “convienen en seguir”, “por todos los medios apropiados”, “sin dilaciones” y “una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”.

“Convienen en seguir”: Los Estados no pueden garantizar de forma absoluta que la discriminación contra las mujeres nunca se va a producir, por ello no pueden ser declarados responsables por el solo hecho de que se produzca un acto discriminatorio. Los Estados sólo son responsables por no adoptar la diligencia debida en la adopción de las medidas necesarias para eliminar dicha discriminación (obligaciones positivas).

En el DI de los tratados existe una tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, es decir, entre obligaciones de tomar medidas específicas hacia objetivos aspiracionales y la obligación de alcanzar determinados resultados por medios legales. Ratificando la CEDAW, los Estados se obligan a cumplir ambos tipos de obligaciones. La obligación de resultado viene recogida en el artículo 2 a) al requerir a los Estados *consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;* mientras que la obligación de medios viene recogida en las siguientes secciones del artículo 2 y en subsiguientes artículos (Cook, 1994a). El resto del artículo 2 establece:

- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los

tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

“Por todos los medios apropiados”: Los Estados asumen la obligación de actuar por todos los medios apropiados y tomar todas las medidas necesarias para conseguir sus objetivos. Para determinar lo que es apropiado se deja un margen de apreciación a los Estados pero éstos deben estar sujetos a los estándares internacionales. Los Estados, en los informes que presenten al Comité de la CEDAW, uno de los mecanismos de seguimiento del cumplimiento de esta Convención, deben ofrecer datos que indiquen en qué medida están cumpliendo con las obligaciones asumidas, para conocer la estrategia seguida por dicho Estado y valorar si ésta es apropiada o no.

“Sin dilaciones”: Los Estados asumen este compromiso de desarrollar los medios apropiados con la diligencia debida y aplicar los mismos sin retraso. Esta última obligación implica que el Estado no debe esperar a que una determinada ley sea declarada contraria a la CEDAW en los tribunales sino que tiene que modificar su legislación antes de que esto suceda.

“Una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”: El preámbulo de la CEDAW pone de manifiesto el fracaso de anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos en conseguir la no discriminación por razón de sexo y concluye con la determinación de adoptar las medidas necesarias para eliminar

la discriminación sexual en todas sus formas y manifestaciones. Por lo tanto los Estados asumen la obligación de adoptar una política para eliminar la discriminación que aborde el particular carácter de la desigualdad de las mujeres. Dicha política incluye, tal y como establece el artículo 2 b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.* Esto puede exigir promulgar nueva legislación o modificar la existente. El artículo 24 refuerza esta obligación exigiendo a los *Estados adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.*

La naturaleza positiva de la obligación de abordar la discriminación de las mujeres “en todas sus formas” se subraya en los trabajos preparatorios de la Convención, en donde una sugerencia de eliminar dicha expresión no fue aceptada. Éstas áreas son: trata y explotación de la prostitución de la mujer (artículo 6); vida política (artículos 7 y 8); nacionalidad (artículo 9); educación (artículo 10); empleo (artículo 11); atención médica (artículo 12); vida económica (artículo 13); especial atención a la mujer rural (artículo 14); igualdad ante la ley (artículo 15) y matrimonio (artículo 16).

Dentro de esta política encaminada a eliminar la discriminación de la mujer, habrá que tener en cuenta que, como pueden existir leyes que no discriminen explícitamente en base al sexo pero que sean igualmente discriminatorias, el artículo 1, que define la discriminación contra la mujer como toda *distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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 las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera,* se complementa con el artículo 3 que obliga a los Estados a tomar *en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en*

igualdad de condiciones con el hombre. De este modo en la CEDAW se aborda no sólo la discriminación directa sino también la indirecta.

En su artículo 4 reconoce que, en algunos casos, para acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres, puede ser necesaria la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal, y que estas medidas en ningún caso se considerarán discriminación pero tampoco entrañarán el mantenimiento de normas desiguales o separadas, sino que estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Es importante destacar que el artículo 2 e) exige a los Estados *tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.* Ello obliga a los Estados a prevenir y evitar cualquier acto de discriminación, a investigar y a invalidar las consecuencias perjudiciales de actos privados, y a proporcionar compensación a las víctimas y sanción a los culpables. Se establece de modo directo la responsabilidad del Estado cuando no adopta la diligencia debida para prevenir o remediar violaciones de derechos cometidos no sólo por agentes estatales sino también agentes no estatales.

La discriminación de las mujeres puede ser consecuencia no sólo de leyes sino también de usos, prácticas sociales o patrones socioculturales de conducta. El Estado también está obligado a eliminar esta discriminación. El artículo 2 f) exige a los Estados *adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.* A su vez, el artículo 5 establece la obligación de los Estados de tomar todas las medidas apropiadas para *modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.* Una interpretación conjunta de estos dos artículos requiere que los Estados modifiquen las leyes que regulan el estatuto personal y que aborden las prácticas culturales y religiosas discriminatorias. Estos

artículos refuerzan el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación de las mujeres, tanto legales como las producidas por medio de costumbres o tradiciones.

Las obligaciones positivas del Estado también entran en juego cuando se violan los derechos de las mujeres en relación con la propiedad por leyes consuetudinarias. Los Estados, en virtud del artículo 13 b), están obligados a adoptar todas las *medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular el derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero*. Del mismo modo el artículo 14 reconoce la importancia del derecho a la tierra para las mujeres rurales, exigiendo a los Estados tener en cuenta *los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía*. El artículo 14 en su apartado 2 g) exige adoptar las medidas apropiadas para que las mujeres puedan *obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento*.

En relación a la libertad religiosa, ésta puede incluir el derecho de participar en instituciones religiosas que discriminen a las mujeres y que reflejen una intolerancia sexista. Aunque la libertad religiosa no depende de privilegios financieros o de otra tipo, Cook (1994 a y b) sugiere que el rechazo de determinadas prácticas o costumbres religiosas que están basadas en roles de género estereotipados para hombres y mujeres, como aquellas que impiden a las mujeres acceso a la jerarquía dentro de una organización o institución religiosa, pueden exigir del Estado que retire determinados privilegios financieros a estas instituciones u organizaciones.

Un aspecto importante de la CEDAW sobre el que debemos detenernos, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 2, es la obligación de los Estados de “proporcionar un recurso efectivo”. La CEDAW no contiene un artículo específico sobre la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, pero desde una interpretación conjunta de los artículos 2 b) y c) y 24, se obtiene el mismo resultado. El artículo 2 b y

c) exigen *adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*, es decir, requieren recursos para asegurar la efectividad de la protección. En el mismo sentido el artículo 24 exige a los Estados *adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención*.

Garantizar un recurso efectivo es sólo parte de la responsabilidad del Estado puesto que, además debe abordar las causas de violaciones de derecho dentro de sus propias estructuras. Los Estados tienen la obligación de reducir y eliminar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres dentro de sus territorios. Independientemente de que la violación de un derecho se remedie o no judicialmente, la violación puede indicar la necesidad de que el Estado tome medidas necesarias para prevenir futuras violaciones. Tal y como se pone de manifiesto en *Velásquez c. Honduras*⁷¹ el Estado tiene la obligación de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por las que se ejercita el poder, de manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Una vez analizada la responsabilidad general del Estado bajo la CEDAW para proteger los derechos humanos de las mujeres, voy a adentrarme en las obligaciones positivas específicas que los Estados deben adoptar para proteger a las mujeres de actos de violencia. Toda la jurisprudencia invocada con anterioridad constituye un marco favorable para establecer la responsabilidad del Estado en casos de violencia perpetrada por agentes no estatales, aunque su aplicación a formas particulares de violencia contra las mujeres necesita un mayor desarrollo por parte de organismos

⁷¹ Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. Este caso versa sobre la desaparición de un estudiante acusado de delitos políticos, tras su detención y su tortura en la cárcel, en la que se condenó a Honduras por existir una política que practicaba o toleraba la desaparición de determinadas personas.

internacionales de protección de los derechos humanos generales (Sullivan, 1995 y O, Hare, 1999).

Ya vimos anteriormente como las normas que protegen a la familia de una intervención directa del Estado y la aplicación del principio clásico de responsabilidad del Estado, en definitiva, la dicotomía público-privado, dificulta el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos. Pero el desarrollo y modificación de la teoría de la responsabilidad estatal realizado por medio de la jurisprudencia que ha consagrado la doctrina de las obligaciones positivas, ha permitido eliminar obstáculos importantes para facilitar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y, en particular, para reconocer la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos y no un tema privado.

Entre 1992 y 1994 se promulgaron importantes documentos que suponen un gran avance para reconocer la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos. Me estoy refiriendo a la publicación de la Recomendación Nº 19 *sobre violencia contra la mujer* del Comité de la CEDAW (1992)⁷², a la *Declaración para la Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer* (1993)⁷³ y a la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*⁷⁴ (1994).

Aunque la CEDAW no aborda de modo expreso el tema de la violencia de género, sí lo hizo su Comité en la Recomendación General Nº 19 *sobre violencia contra la mujer* de 1992. En dicha Resolución, primero define la violencia contra la mujer como *la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad*. Posteriormente establece que: 1. La violencia contra las mujeres es *una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie*

⁷² Adoptada en el XI periodo de sesiones, 1992.

⁷³ A/RES/48/104 23 de febrero de 1994

⁷⁴ Aprobada en Belém Do Pará el 9 de junio de 1994.

de igualdad con el hombre, y 2. que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la CEDAW incluye la violencia contra las mujeres. Además aborda las intersecciones entre la violencia contra las mujeres con diferentes áreas cubiertas por el articulado de la CEDAW. Un año más tarde se promulga la DEVAW que es el primer instrumento internacional que expresa el consenso internacional respecto a las obligaciones positivas que tienen los Estados de prevenir la violencia contra las mujeres y resarcir el daño causado.

En su artículo 1 define la violencia contra las mujeres como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*. En su artículo 2 enumera categorías específicas de violencia contra las mujeres: *a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra*.

Además, el artículo 4 establece que los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: a) considerar la posibilidad, cuando aún no lo hayan hecho, de ratificar la CEDAW, de adherirse a ella o de retirar sus reservas a esa Convención; b) abstenerse de practicar la violencia contra la mujer; y c) proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.

En el ámbito latinoamericano la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994) define la violencia contra la mujer en su artículo 1 como *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*. En su artículo 2 explicita que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia, en la comunidad, en ambos casos comprendiendo la cometida por agentes privados, y la perpetrada o tolerada por el Estado o por sus agentes dondequiera que ocurra. En su artículo 3 consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, y en sus artículos 7 y 8 consagran los deberes que los Estados tienen para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Tanto la Recomendación General Nº 19 como la DEVAW y la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* admiten que la violencia contra las mujeres se produce tanto en el ámbito público como privado, que puede llevarse a cabo tanto por agentes estatales como no estatales y que el Estado es responsable de este tipo de violencia cuando sea ejercida por un agente no estatal y no se adopte la diligencia debida tomando las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer. El estándar de diligencia debida exigido por toda la jurisprudencia del CDH, de la Corte Interamericana de derechos humanos y del TEDH que hemos expuesto anteriormente, fue incorporado de este modo expresamente en estos tres documentos.

En consonancia con la jurisprudencia emergente, defensoras de los derechos humanos de las mujeres sostienen que la responsabilidad del Estado en casos de violencia contra las mujeres puede derivarse del DIDH general en aquellos casos en que el Estado no toma las medidas necesarias para poner en marcha un sistema penal que castigue dicha violencia. A tal efecto no bastará criminalizar, investigar y perseguir la violencia de género sino que habrá que valorar si dicho sistema penal es apropiado. En algunos casos las mujeres no denuncian la violencia cometida contra ellas por ser ejercida por agentes estatales. Incluso a veces, las mujeres son víctimas de dicha

violencia por el hecho de denunciarla y buscar protección policial. Esto demuestra que si hacemos derivar la responsabilidad estatal de la puesta en marcha de un sistema penal, estas cuestiones tendrán que tenerse en cuenta, en caso contrario, será un mecanismo bastante limitado. Sullivan (1995) afirma que la responsabilidad del Estado en casos de violencia contra las mujeres incluye además, la reparación y medidas preventivas en el ámbito educativo y servicios sociales.

Romany (1994) sostiene que el Estado puede ser declarado responsable por la violencia privada sistémica contra las mujeres por dos vías: a) el Estado se convierte en cómplice de una violación cuando fracasa de manera sistemática en proporcionar protección a las mujeres frente a actores privados que las privan de su derecho a la vida, a la libertad y seguridad; y b) cuando el Estado fracasa en su obligación de prevenir y castigar la violencia contra las mujeres de una forma discriminatoria, es decir, negando a las mujeres el derecho a la misma protección ante la ley.

La complicidad dependerá de que se pueda verificar que existe un estado paralelo con su propio sistema de justicia; un estado que priva de manera sistemática a las mujeres de sus derechos humanos; un estado que es diseñado, promovido y mantenido por actos oficiales del estado; un estado autorizado por el estado oficial que “protege el poder masculino asegurando el control de las mujeres a todos los niveles” (MacKinnon, 1995: 167).

Romany (1994) sostiene que la violencia sistémica contra las mujeres ejemplifica el Estado paralelo. Son los actos de violencia y dominación de este “Estado paralelo” lo que permite a la esfera pública-oficial mantener el patriarcado a la vez que “tener las manos limpias”.

Hay varias formas de concretar cuando la acción u omisión de un Estado equivale a complicidad. El fracaso del Estado en detener, perseguir y encarcelar a los perpetradores de la violencia contra las mujeres puede ser interpretado como aquiescencia con la conducta del actor privado. El fracaso del Estado en prevenir la violencia contra las mujeres puede también ser visto como una conspiración entre el actor privado y los órganos estatales encargados de aplicar la ley, convirtiendo al Estado en cómplice.

Romany (1994) afirma que esta teoría de la complicidad utilizada para transformar un acto de violencia privada en un asunto de responsabilidad estatal es una teoría relativa. Mientras que un solo acto de tortura por parte de un agente estatal es una violación de los derechos humanos, un acto de violencia privada no lo es salvo que pueda decirse que, a través de la inactividad del Estado, éste condona dicha violencia. Algunas activistas de derechos humanos, insatisfechas con lo limitado de dicha teoría, han propuesto una teoría alternativa: sostienen que, a diferencia de lo que sucede con otros crímenes privados comunes, la violencia contra las mujeres es inherentemente un tema de derechos humanos porque sistemáticamente subordina a las mujeres (Barrère, 2008). Mientras otros tipos de violencia privada se dirigen contra personas pertenecientes a todos los segmentos de población, la violencia contra las mujeres se dirige contra las mujeres con el objeto de mantener la supremacía masculina y privar a las mujeres de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Debido a esta subordinación, la violencia contra las mujeres es una violación de derechos humanos por sí misma, es decir, en relación con la violencia contra las mujeres, el Estado debe ir más allá de la simple postura de no condonarla (estándar seguido en casos de violencia privada): tiene que acabar con ella, que es el estándar exigido para la violencia estatal.

La segunda de las vías por las que un Estado puede ser declarado responsable por la violencia privada contra las mujeres, vía que en mi opinión es más garantista y comparto, es cuando el Estado fracasa en su obligación de prevenir y castigar la violencia contra las mujeres en una forma no discriminatoria, es decir, negando a las mujeres el derecho a la misma protección ante la ley. Frente al caso del Estado que está haciendo lo mínimo para no ser acusado de complicidad, la teoría de la no discriminación permite insistir en una mayor diligencia por parte del Estado. Permite una justificación para que los esfuerzos del Estado por combatir la violencia contra las mujeres sean como mínimo iguales a los esfuerzos por combatir otro tipo de crímenes violentos. Así pues, si la inacción por parte del Estado es total no es necesario recurrir a la teoría de la responsabilidad estatal en términos discriminatorios sino que, en este caso, la complicidad del Estado permitirá tratar la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos. Pero cuando existan dudas en determinar la complicidad

del Estado, aplicar la teoría de la responsabilidad estatal antidiscriminatoria permite aplicar un argumento adicional: se puede decir que un Estado condona la violencia contra las mujeres si presta una atención inadecuada para prevenirla en relación con otros tipos de violencia (Romany, 1994, Roth, 1994).

Romany utiliza como ejemplo los asesinatos de esposas perpetrados en Brasil a manos de sus esposos defendiendo “su honor”, en cuyo caso la pena es de uno a seis años en lugar de doce a treinta años previstos para el homicidio. En muchos casos los esposos que matan a sus esposas son absueltos si demuestran que actuaron espontáneamente en legítima autodefensa contra una inminente agresión a su honor. El honor es definido de un modo amplio, incluyendo toda conducta percibida por el esposo como adultera y cualquier conducta de la mujer fuera de la norma matrimonial es considerada un ataque al honor del esposo, legitimando por parte de éste una respuesta violenta. El adulterio por parte del esposo no afecta al orden interno de la familia ni compromete la estabilidad de la sociedad conyugal pero el adulterio por parte de la esposa sí. Desde este enfoque, cualquiera que sean los esfuerzos que un Estado lleve a cabo para acabar con la violencia de género, se exige que éstos no sean discriminatorios. Debe asegurarse que los crímenes contra las mujeres reciben al menos el mismo tratamiento que los crímenes contra los hombres, ya que menos atención a los crímenes cometidos contra las mujeres, además de violar previsiones antidiscriminatorias consagradas en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, evidencia complicidad por parte del Estado (Romany, 1994 y Copelon, 1994 a).

Hasta aquí he expuesto los prejuicios de género que esconde la teoría clásica de la responsabilidad estatal y como esta teoría puede ser interpretada de manera más incluyente aplicando la jurisprudencia consolidada que establece obligaciones positivas a cargo de los Estados. Hemos visto también como esta jurisprudencia de las obligaciones positivas ha sido “positivizada” en instrumentos especiales de protección de los derechos humanos de las mujeres como la CEDAW, la DEVAW y la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*.

Así concluyo con la exposición de las limitaciones que presenta el DIDH dentro de su estructura normativa-conceptual y las posibles alternativas legales para superar estas limitaciones. Junto a las limitaciones de las estructuras institucionales-organizativas y normativas-conceptuales del DIDH, otra limitación que presenta el DIDH y que dificulta el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres es la ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres. Me voy a centrar en el estudio de las limitaciones que tiene la CEDAW y su Protocolo Facultativo: incumplimiento por parte de los Estados de su obligación de presentar informes, la escasa duración de su periodo de sesiones, la posibilidad de realizar reservas, la distinta ubicación geográfica de los organismos generales y específicos de protección de los derechos humanos y los obstáculos procedimentales del Protocolo Facultativo de la CEDAW. El motivo por el que me centro en los obstáculos que presenta el Protocolo Facultativo de la CEDAW y no en otros procedimientos de protección de los derechos de las mujeres como el que puede utilizarse ante la CSW o ante la SRVAW es porque es el único procedimiento en que la mujer que denuncia tiene un rol en el proceso y sólo por medio del procedimiento previsto en el Protocolo se puede resarcir o compensar a la persona que interpone la denuncia por la violación del derecho que ha sufrido, previa declaración por parte del Comité de que el Estado demandado ha incumplido alguno de los artículos previstos en la CEDAW y, por lo tanto, está discriminando a las mujeres. A diferencia de este procedimiento, en el que es posible tramitar ante la CSW⁷⁵ o la SRVAW⁷⁶, las comunicaciones o quejas que se interponen son utilizadas

⁷⁵ Por parte de cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales, puede interponerse quejas ante la CSW que contengan información sobre violaciones de derechos humanos relacionadas con el estatuto de las mujeres en cualquier parte del mundo. Además de recibir comunicaciones o quejas individuales formula a los gobiernos recomendaciones urgentes en función de la información obtenida. El proceso es confidencial. Ejemplos de comunicaciones recibidas en los últimos años y pautas discriminatorias identificadas son arresto arbitrario de mujeres, muertes y tortura de mujeres detenidas, desapariciones forzosas, violaciones del derecho de libertad de expresión de defensoras de derechos humanos de las mujeres, violencia machista en pareja, matrimonio forzoso y violación dentro del matrimonio, trata de mujeres y niñas, acoso sexual en el trabajo, falta de diligencia debida por parte de algunos Estados para investigar, perseguir y castigar a los perpetradores de violencia contra las mujeres, discriminación de las mujeres en legislaciones migratorias y reguladoras de la nacionalidad, violaciones del derecho a la propiedad de las mujeres y el derecho a la herencia, discriminación de las mujeres en el acceso a ayuda internacional humanitaria, etc.

para identificar tendencias emergentes y pautas de injusticias y prácticas discriminatorias contra las mujeres para formular políticas y estrategias para promover la igualdad de género por medio de sus recomendaciones al ECOSOC para promover los derechos políticos, económicos, sociales y en materia de educación.

3. Ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres.

3.1 La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo

Antes de abordar el estudio de los obstáculos que impiden la aplicación de la CEDAW de un modo efectivo, voy realizar una breve introducción sobre dicho instrumento, la DEVAW y el enfoque adoptado por ambos instrumentos legales en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres.

En 1967 la Asamblea General de Naciones Unidas promulgó la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁷⁷ (DEVAW). Esta declaración recoge principios ya consagrados en varios instrumentos internacionales promulgados entre los años 1952 y 1962 en relación con los derechos de las mujeres como la *Convención de derechos políticos de la mujer*⁷⁸, *Convención sobre el*

⁷⁶ Nombrada por resolución de 4 de marzo de 1994 (E/CN.4/RES/1994/45). Dentro de su mandato lleva a cabo las siguientes tareas: a) solicita y recibe información sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, de los gobiernos, los órganos creados en virtud de tratados, de los organismos especializados, de otros relatores especiales encargados de diferentes cuestiones de derechos humanos y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales con inclusión de las organizaciones de mujeres; b) encomienda disposiciones y medidas aplicables en los planos nacional, regional e internacional para eliminar la violencia contra la mujer y sus causas, y para remediar sus consecuencias; c) trabaja en estrecha colaboración con otros órganos de la ONU para integrar la perspectiva de género en todo el sistema de protección; d) lleva a cabo visitas a países y realiza informes; e) elabora un informe anual y d) recibe quejas individuales. En relación con el procedimiento de quejas individuales, la Reportera responde a todos los casos en que se denuncian de modo fidedigno algún tipo de violencia de género. Las alegaciones que se presenten pueden ser relativas a un individuo, varios, o incluso puede ser información general sobre una situación sistemática de condonación y perpetración de violencia contra la mujer. Recibida la denuncia se da traslado al Estado sin que ello implique ninguna acusación por parte de la Reportera, sino más bien una petición de aclaración con el objetivo de intentar asegurar, junto con el gobierno implicado, una prevención efectiva, investigación, el castigo de los culpables y la compensación de la/s víctima/s de dicha violación.

⁷⁷ Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104.

⁷⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952.

*consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*⁷⁹ y la *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*⁸⁰. La *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* no era vinculante y fue ampliada promulgándose en 1979 la CEDAW⁸¹ que sí lo es.

La CEDAW contiene normas sobre derechos humanos de las mujeres y las niñas en las esferas civil, política, económica, social y cultural, tanto de la vida pública como privada, y se la conoce con el nombre de “Convención sobre la mujer”.

La CEDAW y la Plataforma de Acción de Beijing, aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), están estrechamente relacionadas. La Plataforma de Acción y la Declaración de Beijing, constituye un programa para la potenciación del papel de las mujeres. En esta Plataforma se definían un conjunto de objetivos estratégicos y se establecían las medidas que, en relación con doce áreas de especial preocupación⁸², debían adoptar los gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado para eliminar los obstáculos que entorpecían el adelanto de la mujer, a más tardar para el año 2000. Lamentablemente, tras casi quince años, muchos de los obstáculos que impedían el adelanto de las mujeres siguen vigentes. Los derechos reconocidos en la Convención y las disposiciones contenidas en la Plataforma de Acción y su proceso de vigilancia posibilita que el Comité de la CEDAW vele tanto por el cumplimiento de la Plataforma de Acción como de la CEDAW. Éste es el único instrumento internacional en que se establece el marco jurídico para la Plataforma de Acción y los medios mediante los cuales la Plataforma puede aplicarse.

⁷⁹ Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962.

⁸⁰ Asamblea General en su resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957.

⁸¹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

⁸² Las doce esferas de especial preocupación que se identificaron en el documento, consideradas representativas de los principales obstáculos para el adelanto de la mujer, son: la mujer y la pobreza; la educación y la capacitación de la mujer; la mujer y la salud; la violencia contra la mujer; la mujer y los conflictos armados; la mujer y la economía; la participación de la mujer en el poder y la adopción de decisiones; los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; los derechos humanos de la mujer; la mujer y los medios de comunicación; la mujer y el medio ambiente y la niña.

La CEDAW está compuesta por un preámbulo y por treinta artículos. En su artículo 1 define la discriminación 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 las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*. En los artículos 2 a 16 enumera acciones que los Estados deben llevar a cabo para eliminar la discriminación de las mujeres: políticas y medidas legales (art. 2 y 3), medidas temporales para acelerar la igualdad entre hombres y mujeres (art. 4); roles y estereotipos (artículo 5), prostitución, explotación y trata de mujeres (artículo 6); vida política y pública (artículo 7); participación de las mujeres en gobiernos y en organizaciones internacionales (artículo 8); nacionalidad (artículo 9); educación (artículo 10); empleo (artículo 11); salud (artículo 12); beneficios económicos y sociales (artículo 13); mujeres rurales (artículo 14); igualdad ante la ley (artículo 15); y matrimonio y familia (artículo 16).

El artículo 17 prevé la creación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer como órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la convención; el artículo 18 regula el mecanismo de informes periódicos que los Estados deben elaborar y entregar al Comité; del artículo 19 al 22 se recogen los requisitos de funcionamiento del Comité; el artículo 23 establece que lo dispuesto en la Convención no constituye obstáculo alguno para que las legislaciones internas dispongan de estándares más favorables; el artículo 24 consagra el compromiso de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención; el artículo 25 regula la firma, ratificación y adhesión; el artículo 26 la posibilidad de solicitar una revisión de la convención por parte de los Estados; el artículo 27 la entrada en vigor; el artículo 28 las reservas; el artículo 29 el modo de resolver las controversias respecto a la interpretación o aplicación de la convención; y por último, el artículo 30 menciona las lenguas en las que se deposita la Convención.

En cuanto a cómo se entiende en la CEDAW el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, las opiniones al respecto se encuentran divididas. Cook (1994a), comparando la Observación General N° 18 sobre *No Discriminación* del CDH y la CEDAW, sostiene que la primera está basada en modelo de discriminación “similaridad y diferencia” criticado por el estándar masculino con que mide la igualdad que obliga a las mujeres a argumentar que son iguales que los hombres y, por tanto, merecer ser tratadas igual, que son diferentes a los hombres pero que deberían ser tratadas como si fuesen iguales, o que son diferentes y merecen un trato especial. Este modelo está fuertemente imbuido de los principios del feminismo liberal que no explora en modo alguno como el derecho, la cultura, la religión o la tradición han construido y mantenido el estatuto subordinado de las mujeres, o hasta qué punto las instituciones están dominadas por los hombres y construidas sobre normas masculinas como ya he explicado anteriormente. Este enfoque similaridad/diferencia no logra explicar la verdadera causa de la subordinación de las mujeres (Romany, 1994). Siguiendo con Cook, este enfoque del principio antidiscriminatorio recogido por el CDH contrasta con el enfoque de la CEDAW que desarrolla el principio de no discriminación desde la perspectiva de las mujeres. La CEDAW representa un cambio desde una norma neutra al sexo que requiere tratamiento igual para hombres y mujeres a una norma que reconoce que la particular naturaleza de la discriminación de las mujeres merece otra respuesta jurídica reconociendo características distintivas de las mujeres. Va más allá de los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos al abordar la naturaleza sistémica de la discriminación de las mujeres e identifica la necesidad de afrontar las causas sociales de las desigualdades que sufren las mujeres teniendo en cuenta todas las formas de discriminación que éstas sufren.

Otras autoras (Burrows,1986, Charlesworth, 1994, Merino, 2012a), reconociendo que la CEDAW supone un avance al reconocer la particular naturaleza de la discriminación que sufren las mujeres y que esta discriminación se produce en todas las esferas de la vida social, tanto pública como privada, y pese a que no sólo requiere igualdad de oportunidades sino que exige también igualdad de resultados que justifica la adopción de medidas positivas que protejan contra la discriminación indirecta, parte de la suposición de que hombres y mujeres son iguales aceptando la aplicabilidad de

un estándar masculino y, por tanto, se basa en un concepto de igualdad muy limitado. Desde el análisis de la CEDAW, la igualdad puede alcanzarse de una manera relativamente directa removiendo legalmente las barreras que impiden a las mujeres alcanzar el mismo estatus que los hombres: la igualdad se puede alcanzar dentro de las estructuras jurídicas y sociales, tal y como son actualmente. Esta suposición ignora muchas diferencias y desigualdades reales entre hombres y mujeres.

Para estas autoras, una prueba de ello la encontramos en el modo en que consagra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su artículo 16 e) al establecer que hombres y mujeres tienen los *mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos*. Parte de la igualdad formal entre hombres y mujeres, impidiéndose de este modo a las mujeres tomar la decisión final sobre el control sobre su cuerpo, si tener descendencia o no y cuándo. En materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a las mujeres como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarles de su potencial personal y someterlas a control, incluso al control penal (Ferrajoli, 1999). Limitar la autonomía de las mujeres en cuanto a su decisión sobre el aborto al consentimiento de sus parejas supone dar prioridad a la autonomía de los hombres, quienes ejerciendo su derecho limitan la autonomía de las propias mujeres (Holt, 1991, Charlesworth, et al., 1992 y García Pascual, 2007). Es decir que si la decisión de traer o no al mundo a través del cuerpo femenino está subordinada al acuerdo de los potenciales padres, la decisión de éstos lo es sobre el cuerpo de otra persona y equivale al ejercicio de un poder de los hombres sobre las mujeres que viola la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas. Por lo tanto, pese a que la CEDAW viene a utilizar un concepto de discriminación que reconoce la particular naturaleza de la discriminación de las mujeres, sigue adoptando un enfoque similaridad/diferencia propio del feminismo liberal que debería ser abandonado a favor de un enfoque de la exclusión/desventaja.

Mi posición coincide con la de este último grupo de autoras. Creo que el modo en que la CEDAW consagra los derechos sexuales y derechos reproductivos parte de un principio de igualdad asimilacionista propio del feminismo liberal que no contempla las

diferencias entre hombres y mujeres. Además, los derechos sexuales y los derechos reproductivos son configurados como un derecho social vinculándose únicamente a la salud de las mujeres (artículo 12 de la CEDAW y Recomendación General nº 24, *Las mujeres y la salud*, 1999). Este es un modo de abordar los derechos sexuales y los derechos reproductivos pero existe otro modo: configurarlos como derechos de autonomía. “Si estos derechos son pensados como derechos sociales, no parece que tengan la capacidad transformadora que muchas personas y movimientos parecen otorgarles [...] parece que son más de lo mismo: la ampliación de una ciudadanía de algún modo despolitizada. Si por el contrario [...] son pensados como derechos de autonomía, repolitizan por completo la relación entre las mujeres y el Estado y llevan a la agenda y al debate públicos la sexualidad y la reproducción humana que habían sido reconducidos a la esfera privada, supuestamente al abrigo de la intervención pública estatal” (Mestre, 2009: 242 - 243).

Optando por la primera opción, tal y como hace la CEDAW, no es la autonomía reproductiva de las mujeres lo que se protege sino su derecho a la salud, despolitizando las decisiones de las mujeres, aún cuando estratégicamente sea la vía más rápida para conseguir abortos seguros y legales (Mestre, 2009). Abordar los derechos sexuales y los derechos reproductivos como derechos de autonomía supone pensar “en el ejercicio de la libertad sobre el propio cuerpo como medio para la igualdad; como un medio para el reconocimiento pleno de la ciudadanía de las mujeres y como una exigencia del Estado social y democrático de derecho, no en su vertiente de Estado prestacional, sino en el reconocimiento pleno de subjetividades plurales. Es decir, pensarlos desde la autonomía personal nos obliga a desvincularlos del paradigma de la sexualidad procreadora, en el seno del matrimonio monógamo patriarcal y plantearlos como expresiones de libertad y medios para la igualdad” (Mestre, 2009: 248).

Otro de los argumentos que me lleva a compartir este posicionamiento es la definición de género que se contiene, no en la CEDAW, que no contiene ninguna, sino en la Recomendación General nº 28 *relativa al artículo 2 de la CEDAW* (2010). En su párrafo 5 dice textualmente:

El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

Pese a que esa definición habla de *jerarquía*, no menciona el género como una cuestión de poder ni de dominio ya que dentro del mundo del derecho existe gran reticencia en aceptar cualquier planteamiento en términos de dominio y subordinación (Barrère, 2008, Mestre, 2006). Utiliza el *sistema sexo/ género* de Rubin que, pese a distinguir lo biológico de lo cultural, no supera la construcción binaria de los sexos, ni explica por qué se produce la sumisión de las mujeres, cómo funcionan las relaciones de poder que permiten mantener el *status quo* de subordinación de las mujeres (Scott, 1990) y nada dice de las diversas formas en que se construye la diferencia entre los sexos a través de las prácticas y discursos sociales, entre ellos el derecho, en diversos contextos espaciales y temporales (Tubert, 2003). Este modo de definir el género busca dar una respuesta en clave de igualdad y de diferencia a la diferencia sexual, como hace el feminismo liberal, presuponiendo que la diferencia existe, después es dotada de significado y, finalmente, se crean sistemas de dominio (MacKinnon, 1995, Mestre, 2008). No concibe que las cuestiones de igualdad son cuestiones de poder y en qué medida el derecho participa de este poder y puede transformarlo o no. Se lucha contra la discriminación pero no contra la subordinación, y esta estrategia es un remedio inadecuado porque no resuelve el problema de fondo que es la opresión de las mujeres, y las medidas antidiscriminatorias no son suficientes ya que sólo sirven para proteger a las mujeres si son como los hombres. Este modo de definir el género no logra superar los dualismos ya que se fundamenta en una nueva dicotomía, la que opone sexo al género y tiende a esencializar las categorías masculino y femenino. La

esencialización de la categoría “femenina” también la deduzco del propio lenguaje utilizado en la CEDAW que hace referencia en todo momento a la “mujer”, lo que puede interpretarse como un modo de esencializar una supuesta identidad femenina en lugar de optar por la diversidad entre las mujeres y sus experiencias, tal y como se postula desde los feminismos críticos. Si bien es cierto que en documentos más recientes del Comité de la CEDAW se ha ido sustituyendo poco a poco el término “mujer” por el de “mujeres”.

No obstante, sí creo que la CEDAW supone un paso adelante si la comparamos con la Observación General Nº 18 sobre *No Discriminación* del CDH. Creo que en algunos aspectos supera el enfoque del feminismo liberal aproximándose a postulados del feminismo crítico, concretamente al aplicar la noción de interseccionalidad a la discriminación (Crenshaw, 1989), tal y como podemos comprobar en el párrafo 18 de la Recomendación General nº 28 *relativa al artículo 2 de la CEDAW (2010)*:

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.

Nada más promulgarse la Convención, por algunos sectores fue criticada no sólo por el modo en que consagra los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres, sino también por dejar de incluir expresamente algunos temas de importancia para las mujeres como la violencia contra éstas.

Sí bien es cierto que la Convención no hace mención expresa a la violencia contra las mujeres, ya en 1989 el Comité de la CEDAW, mediante la Recomendación General Nº 12⁸³, instaba a los Estados a que en sus informes periódicos incluyeran información sobre legislación vigente para proteger a la mujer de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana, medidas adoptadas para erradicar esa violencia, servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos, etc. El Comité de la CEDAW en 1992 promulgó la Recomendación General Nº 19 *sobre violencia contra la mujer* en la que, como ya hemos visto anteriormente, establece que la definición de discriminación que contiene el artículo 1 de la CEDAW incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de forma desproporcionada. Por otro lado, el hecho de que en la CEDAW algunas discriminaciones de las mujeres no se prevean de forma expresa no ha impedido al Comité que éste exigiese a los Estados datos al respecto en sus informes, tal y como de hecho sucedía en relación con la violencia contra las mujeres.

En 1993 la Asamblea General de Naciones Unidas promulgó *la Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la mujer*. La idea inicial fue adoptar un instrumento internacional vinculante sobre violencia contra las mujeres, bien a través de un protocolo adicional de la CEDAW, o bien mediante un instrumento independiente. Finalmente se optó por la Declaración que no es vinculante para los Estados, pensando en adoptar otro que sí lo fuera en el futuro (Subedi, 1997), aunque a fecha de hoy no se ha hecho.

Se reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que ha conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

⁸³ Adoptada en el VIII periodo de sesiones, 1989.

Ya hemos visto como en su artículo 1 se define la violencia contra la mujer como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada* y como en su artículo 2 concreta qué actos puede abarcar la violencia contra la mujer.

Según Barrère (2008), la DEVAW sienta las bases para una necesaria reflexión sobre la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. Por un lado, tiene un alto contenido político, en tanto que vincula la violencia contra las mujeres con las relaciones de poder o dominio-subordinación; pero por otro lado, la discriminación se relaciona confusamente con la dominación y la subordinación, tal vez porque los planteamientos en términos de dominio-subordinación resultan ajenos o incómodos a la cultura jurídica.

Esta vinculación de la violencia con las relaciones de dominio-subordinación se tramita individualmente, es decir, haciendo ver algo que resulta obvio como es que en virtud de la violencia masculina las mujeres no pueden disfrutar de los derechos individuales en igualdad de condiciones que los hombres. Pero esto, en opinión de Barrère, además de despolitizar el problema, no sirve para afrontarlo. Es decir “el problema de las relaciones de dominio-subordinación se reconduce al disfrute de derechos individuales, a la ruptura de la igualdad en relación a su disfrute, pero la *consecuencia* de algo (analizada además individualmente) no es lo mismo que ese *algo*” (Barrère, 2008: 62). Por eso Barrère considera que los actos de violencia contra las mujeres constituyen discriminación en tanto representan la manifestación de la ruptura de la regla de la igualdad intergrupala, y que el derecho y la cultura jurídica necesitan integrar este concepto. Por una parte servirá para explicar en qué sentido los actos de violencia contra las mujeres no sólo tienen consecuencias discriminatorias en el disfrute de los derechos individuales, sino que son, en sí mismos, discriminatorios, es decir, expresión del dominio que rompe la regla de igualdad de poder entre hombres y mujeres. Por otra para crear conciencia en la comunidad

jurídica de que el derecho no sólo no es ajeno, sino que es partícipe y responsable de esa discriminación.

La cultura jurídica se resiste a admitir un planteamiento de este tipo, a pesar de que simultáneamente tenga que mostrarse permeable a las contribuciones del movimiento y la teoría feminista del derecho que ha calado en la redacción de los documentos internacionales y haya de recurrir, para introducirlas, a “tecnificaciones” incoherentes con sus propios presupuestos confundiendo las consecuencias de la discriminación con la discriminación misma (Barrère, 2008 y Mestre, 2006).

Una vez realizada una introducción sobre la CEDAW, la DEVAW y el enfoque adoptado por ambos instrumentos legales en relación con la igualdad entre hombres y mujeres, paso a exponer algunos de los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la CEDAW.

3.1.1 Obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

Pese a que la CEDAW constituye el instrumento internacional más completo que trata sobre los derechos de las mujeres, existen algunos obstáculos que impiden su aplicación. Uno de estos problemas es el incumplimiento por parte de muchos Estados de su obligación de presentar informes sobre todo tipo de medidas que se hayan adoptado para hacer efectiva la CEDAW, tal y como prevé el artículo 18, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la CEDAW y, en lo sucesivo, cada cuatro años, o cuando el Comité lo solicite.

Antes de adentrarme en el problema que se plantea en relación a los informes, voy a hacer un inciso para referirme al Comité de la CEDAW por ser el órgano encargado de revisar los informes que presentan los Estados. Se crea al amparo del artículo 17 de la CEDAW con el fin de examinar los progresos realizados por los Estados partes en la aplicación de sus disposiciones. El Comité está integrado por 23 expertas elegidas por sufragio secreto de una lista de personas "de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención", propuestas por los Estados partes. En la elección de los miembros del Comité se tiene en cuenta la distribución geográfica equitativa y la representación de diversas civilizaciones y

sistemas jurídicos. El mandato de los miembros del Comité tiene cuatro años de duración. Aunque sean propuestas por sus propios gobiernos, las miembros desempeñan el cargo a título personal y no como delegadas o representantes de sus países. La composición del Comité es notablemente distinta de la de otros órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados ya que desde sus comienzos, y como sola excepción, ha estado integrado exclusivamente por mujeres. Los miembros proceden de una gran variedad de medios profesionales.

Hasta la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas de la resolución por la que se promulga el Protocolo Facultativo de la CEDAW en 1999⁸⁴, el Comité sólo disponía de los informes como mecanismo de vigilancia de la CEDAW. Con el Protocolo Facultativo se dota al Comité de otros mecanismos de vigilancia como la posibilidad de estudiar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por parte de un Estado de cualquier derecho enunciado en la Convención (artículo 2) y la posibilidad de invitar a un Estado a presentar observaciones cuando el Comité reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por parte de un Estado de uno de los derechos consagrados en la Convención. En este caso puede incluso acordar visitas al territorio del Estado en cuestión (artículo 8). Tuvieron que pasar veinte años desde la promulgación de la CEDAW para que se promulgara su Protocolo Facultativo y se aprobara la posibilidad de presentar comunicaciones individuales como mecanismo de vigilancia, mientras que el CDH, órgano de vigilancia del PIDCP, disponía de dicha facultad desde el momento en que se aprobó dicho instrumento internacional en 1966.

Retomando el tema de los informes, el Comité funciona como un sistema de vigilancia con el fin de examinar la aplicación de la Convención por los Estados que la hubieren ratificado o se hubieren adherido a ella. Esto se hace, entre otros medios, mediante el examen de los informes presentados por los Estados partes. El Comité

⁸⁴ Resolución A/Res. 54/4 de 15 de octubre de 1999.

estudia esos informes y formula propuestas y recomendaciones, emitiendo observaciones finales⁸⁵.

Al ratificar la Convención o adherirse a ella, los Estados Partes contraen la obligación jurídica de presentar informes puntuales y completos. Sin embargo, muchos Estados han incumplido esta obligación. Sea cual fuere el motivo, el resultado es una gran cantidad de informes pendientes y una gran parte de informes incompletos o inadecuados. El Comité ha realizado un gran esfuerzo por elaborar directrices para informar a los Estados sobre cómo elaborar dichos informes para que la falta de información o desconocimiento no sea alegado como causa para no cumplir con dicha obligación. En este sentido, desde su creación, ha realizado innumerables recomendaciones, tanto generales como específicas⁸⁶.

Entre las recomendaciones generales comprobamos que una de las tareas que el Comité asumió desde el inicio de su actividad fue proporcionar información a los Estados sobre cómo llevar a cabo dichos informes (Recomendación General Nº 1 y 2⁸⁷). Posteriormente, mediante la Recomendación Nº 9, insta a los Estados para que en sus informes incluyan estadísticas con datos disgregados por sexo. Y en la Recomendación General Nº 11⁸⁸, respondiendo a la falta de personal, de experiencia y de recursos en el ministerio o departamento correspondiente que deben elaborar estos informes

⁸⁵ También puede invitar a organismos especializados de las Naciones Unidas a que envíen informes para su estudio y puede recibir información de organizaciones no gubernamentales. El Comité informa todos los años sobre sus actividades a la Asamblea General a través del Consejo Económico y Social, el cual transmite estos informes a la CSW para su información.

⁸⁶ Entre el segundo tipo de recomendaciones, el Comité ha emitido recomendaciones indicando a los Estados como redactar dichos informes en relación con determinados temas concretos, y en particular: violencia contra las mujeres (Recomendación Nº 12 y 19); circuncisión femenina (Recomendación Nº 14); necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Recomendación Nº 15); mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas (Recomendación Nº 16); medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado y su reconocimiento en el producto nacional bruto (Recomendación Nº 17); mujeres discapacitadas (Recomendación Nº 18); matrimonio y relaciones familiares (Recomendación Nº 21); y vida política y pública (Recomendación Nº 23); mujeres y salud (Recomendación Nº 24); mujeres trabajadoras migrantes (Recomendación Nº 25) y mujeres mayores (Recomendación Nº 27).

⁸⁷ Adoptadas en el V y VI periodo de sesiones, 1986 y 1987.

⁸⁸ Adoptada en el VIII periodo de sesiones, 1989.

alegada como motivo para la no presentación de informes o presentación fuera de plazo, pide al Secretario General que organice cursos de capacitación para los países que experimenten dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones de presentar informes. Por lo tanto, la no presentación de los informes por parte de los Estados o su presentación fuera de plazo no obedece a falta de información proporcionada por el Comité para la elaboración de dichos informes sin embargo se sigue incumpliendo con esta obligación.

Para dotar de efectividad al mecanismo de presentación de informes, en sus Resoluciones 52/118 y 53/138, la Asamblea General de la ONU solicitó al Secretario General que compilara en un solo volumen las directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que debían presentar los Estados partes que hubieran publicado el CDH, el Comité del PIDESC, el Comité de la CEDAW, el Comité para la Eliminación de todo tipo de Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura.

Fruto de dichas resoluciones, en 2007 se publicó la *Compilación de Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos*⁸⁹. Además, el Comité de la CEDAW adoptó en 2008 directrices específicas para la presentación de informes que deben aplicarse en conjunción con las directrices armonizadas⁹⁰. Teniendo en cuenta las sinergias que existe entre la Convención y la Plataforma de Acción de Beijing, en tanto que son instrumentos que se refuerzan, las directrices específicas del Comité de la CEDAW establecen que los informe que los Estados deben presentarle deberán contener también información sobre las medidas adoptadas en relación con las doce esferas de especial preocupación de la Plataforma, en la medida en que se relacionen con artículos concretos de la Convención. Además estos informes deberán incluir también información sobre la aplicación de los elementos relativos al género de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y, cuando proceda, información sobre la aplicación

⁸⁹ HRI/GEN/2/Rev.4, 21 de mayo de 2007.

⁹⁰ E/CN.6/2008/CRP.1, de 11 de febrero de 2008.

de la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad sobre *Mujer, Paz y Seguridad*. Los Estados, además de contar con estas directrices para la presentación de los informes y la creación de mecanismos para compilar datos, pueden pedir asistencia técnica a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos u otras entidades de Naciones Unidas.

Sin embargo, a fecha 30 de abril de 2008 eran 126 Estados los que estaban pendientes de entregar dichos informes, de los que 38 Estados se habían retrasado más de cinco años⁹¹. Aunque se sigue violando por parte de los Estados el cumplimiento de dichas obligaciones, las cifras se han reducido considerablemente ya que, a fecha 2 de diciembre 2010, tras casi dos años de aplicación de las nuevas directrices armonizadas, en la agenda provisional del 48^a periodo de sesiones que tuvo lugar del 17 de enero al 4 de febrero de 2011, el número de Estados que debían haber presentado algunos de los informes (inicial o posteriores) y que no lo habían hecho era de 61 Estados de un total de 186 que, a dicha fecha, habían ratificado o se habían adherido a la CEDAW. Muchos de ellos no habían presentado, no uno de los informes sino varios. De dichos 61 Estados que no habían cumplido con su obligación de presentación de informes, 19 Estados hacía más de cinco años que no lo hacían⁹².

Por tanto, el esfuerzo realizado por Naciones Unidas de armonizar la información para la correcta cumplimentación de los informes se ha traducido en un mayor grado de cumplimiento por parte de los Estados pero dicha obligación sigue incumpléndose. Ello puede ser debido a que las observaciones finales que hace el Comité a los informes de los Estados no son vinculantes. Así no existe ninguna consecuencia jurídica negativa ni para los Estados que no presentan dichos informes ni para aquellos que, aún presentándolos, no cumplen con las observaciones finales que se les hace por parte del Comité. La necesidad de implementar algún tipo de medida por la que el Comité pueda tener una mayor incidencia sobre los estados para exigirles la

⁹¹ CEDAW/C/2008/II/2, de 29 de mayo de 2008.

⁹² CEDAW/C/2011/48/2, de 2 de diciembre de 2010.

presentación de informes o para hacer cumplir sus recomendaciones a estos informes debería ser abordada por parte de la comunidad internacional.

Otro de los problemas que reducen la efectividad de la CEDAW es la escasa duración del periodo de sus sesiones. El artículo 20 establece que *el Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención*. Es la reunión más breve de todos los comités creados en virtud de un tratado de derechos humanos. Por ejemplo, el CDH se reúne en tres periodos de sesiones al año de tres semanas cada una. A medida que aumenta el número de Estados que ratifican o se adhieren a la CEDAW, el trabajo del Comité se incrementa. Además, desde que entró en vigor el Protocolo Facultativo, el Comité debe también examinar las quejas individuales que se presentan. Por ello, hace más de una década que el Comité viene reivindicando la necesidad de una modificación del artículo 20 para que se amplíe el periodo de sus sesiones.

En 2005 el Comité decidió solicitar a la Asamblea General que asignase más tiempo a sus reuniones debido a que el número de informes que podía estudiar era inferior al número de informes que se presentaba, teniendo gran cantidad de informes por revisar. La Asamblea General de Naciones Unidas⁹³ concedió al Comité provisionalmente, durante 2008-2009 un periodo extraordinario de cinco sesiones con tres Salas paralelas a celebrar, tres de ellos en Nueva York, para atender el trabajo que el Comité tenía pendiente, y tres periodos de sesiones de tres semanas cada uno a partir de 2010. Esta resolución de Naciones Unidas se promulgó como solución provisional mientras los Estados partes de la Convención aprueban la propuesta de modificación del artículo 20.1 de la CEDAW que regula el periodo de sesiones del Comité, que en diciembre de 2008 había sido respaldada por 49 Estados, siendo necesaria la aceptación de la enmienda de dicho artículo por 123 Estados.

De este modo, y mientras se apruebe la enmienda de modificación del artículo 20.1, el Comité dispone de más tiempo para atender su cometido, lo que redundará en

⁹³ Resolución 62/218, de 21 de diciembre.

una mayor eficacia en la aplicación de la CEDAW. De este modo se atendía una solicitud del Comité que fue planteada por primera vez en 1995⁹⁴.

El tercer problema que menoscaba la eficacia de la CEDAW es el elevado número de reservas que se plantean por parte de los Estados al ratificarla o adherirse a ella (Gómez Isa, 2003, Cook, 1994a). El artículo 28 de la CEDAW admite la posibilidad de que los Estados realicen reservas a alguno o algunos artículos de la Convención, sin embargo, también establece que *no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención*.

La CEDAW es el instrumento internacional de derechos humanos respecto del cual se han formulado más reservas. A fecha de octubre 2012, 77 Estados han formulado alguna reserva. Sin embargo, desde 1990 el número de reservas ha descendido ya que en este año, el número de Estados que había formulado alguna reserva era de 88 (Cook, 1990). El Comité viene realizando un gran esfuerzo para que los Estados retiren las reservas que han formulado. Desde hace años viene expresando su preocupación por el elevado número de reservas formuladas por los Estados que son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención⁹⁵. El problema es que el Comité de la CEDAW no tiene poder para determinar cuándo una reserva es incompatible con el objeto y propósito de la Convención y tampoco existe ningún mecanismo para determinar la incompatibilidad de una reserva (Cook, 1990).

Algunas de las reservas más preocupantes han sido realizadas por países islámicos como Egipto, Iraq, Bangladesh y Libia que afirman aceptar las previsiones de la CEDAW en tanto en cuanto sean consistentes con las leyes islámicas o Shari'a (Holt, 1991, Cipriani, 1993). Malawi por ejemplo ratificó la Convención con la reserva de aceptar sus obligaciones en la medida que fueran compatibles con sus costumbres y tradiciones. "Otras reservas afectan a legislación que restringen los derechos de las mujeres a la herencia o la propiedad" (Cook, 1990: 701); "a leyes que regulan la

⁹⁴ Recomendación General Nº 22 realizada en el 22º periodo de sesiones.

⁹⁵ Recomendación General Nº 4 (Sexto período de sesiones, 1987) y Nº 20 (11º período de sesiones, 1992).

nacionalidad y que no conceden a las mujeres los mismos derechos para adquirirla, cambiarla o modificarlas después del matrimonio” (Cook, 1990: 693 -696); y “leyes que limitan las oportunidades económicas de las mujeres, su libertad de movimiento o para elegir su residencia” (Cook, 1990: 696 -702). Estas reservas son contrarias con el objeto y propósito de la Convención al situar en un rango superior a la Shari’a o a costumbres o prácticas frente a las previsiones de la CEDAW. Estos Estados están de acuerdo en reconocer formalmente los problemas de desigualdad que experimentan las mujeres sólo si no son obligados a alterar las prácticas patriarcales que subordinan a las mujeres. Esta situación ha dado lugar a lo que Tohidi (2006) denomina “la nueva hipocresía mundial”, es decir, estrategias retóricas que anuncian el apoyo a la igualdad de las mujeres a la vez que persiguen políticas enemigas de los derechos de las mujeres. Esta hipocresía no sólo afecta a Estados musulmanes que invocan la incompatibilidad de la ley islámica con la CEDAW sino también al Vaticano que invoca la ley natural y la ley de la Iglesia y Estados Unidos de América que invoca su Constitución. Tal y como señala Tripp (2002) en Estados Unidos la derecha religiosa y los conservadores que se oponen a la CEDAW temen que la Convención implique la intervención gubernamental en los derechos garantizados en la Primera Enmienda, la privacidad individual y la libertad en la vida privada y buscan asegurar que la libertad de culto tenga prioridad sobre la igualdad sexual en la Constitución.

Pese a que el artículo 27 del *Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados* prohíbe a los Estados invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, algunos Estados lo siguen haciendo al ratificar o adherirse a la CEDAW sin que el Comité tenga facultad alguna para impedirlo. El Comité de la CEDAW tiene un poder limitado sobre este asunto pero su reiterada insistencia en animar a los Estados a retirar reservas y a que ratifiquen la Convención sin reservas debería ser quizá más persistente. Desde 1990 a 2012, once Estados han retirado las reservas realizadas a la CEDAW, pero la cifra es irrisoria.

En mi opinión es necesaria una modificación de la CEDAW por la que se adopte la decisión de dotar al Comité de poderes para interpretar qué reservas son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y establecer mecanismos

para ello. En qué medida ello es posible es dudoso ya que, aunque por un lado algunos Estados realizan objeciones a las reservas realizadas por otros Estados por considerarlas incompatibles con la CEDAW⁹⁶, existe tolerancia por parte de la comunidad internacional frente a la posibilidad de hacer reservas dudosamente compatibles con el propio objeto de la misma.

Otra de las cuestiones que ha limitado la eficacia de la CEDAW ha sido la distinta ubicación geográfica de los organismos internacionales de derechos humanos generales (Ginebra) y los específicos (Viena) lo que ha incidido negativamente al intentar trabajar de una forma coordinada. El Comité de la CEDAW, en su Recomendación General Nº 7 (1995)⁹⁷, puso de manifiesto este problema junto la falta de recursos económicos del Comité.

Estas reivindicaciones del Comité tuvieron su fruto. Quince años después de su primera recomendación al respecto, en su 40º periodo de sesiones celebrado del 30 de junio al 18 de julio de 2008 el Comité, por primera vez se reunió en Ginebra con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Además, como consecuencia de la reforma de Naciones Unidas, desde el 1 de enero de 2008, el Comité, tras 25 años, pasó de funcionar dentro de la División para el Adelanto de la Mujer, Sección sobre la Condición de la Mujer de la División de Derechos Humanos del Departamento de Asuntos Sociales situada en Viena, al Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, situado en Ginebra y Nueva York. La reforma de la ONU se llevó a cabo, entre otras cosas, por la necesidad de acrecentar la coordinación entre los diferentes organismos principales de las

⁹⁶ Puede consultarse estas objeciones en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en. [Acceso 20 de agosto 2013].

⁹⁷ Adoptada en el VII periodo de sesiones, 1988, recomienda a los Estados Partes: 1. Que sigan apoyando propuestas tendentes a reforzar la coordinación entre el Centro de Derechos Humanos de Ginebra y el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de Viena con respecto a la prestación de servicios al Comité; 3. Que tomen todas las medidas necesarias y apropiadas para asegurar que el Comité disponga de recursos y servicios adecuados, que le presten asistencia en el desempeño de las funciones conferidas por la Convención y, en particular, que se disponga de personal a jornada completa para ayudarlo a preparar sus períodos de sesiones y mientras se celebran.

Naciones Unidas (Asamblea General, Consejo de Seguridad, etc.), las agencias especializadas y diversas organizaciones independientes.

Por otro lado, en julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, operativa desde enero 2011 y con sede en Nueva York. Fusiona y seguirá el importante trabajo de cuatro componentes del sistema de la ONU, con el fin de centrarse exclusivamente en la igualdad y el empoderamiento de las mujeres: División para el Adelanto de la Mujer (DAW); Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW); Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género (OSAGI) y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM). La creación de ONU Mujeres puede suponer una mayor interacción entre organismos generales y específicos de derechos humanos, que sin duda alguna puede ayudar a que la comunidad internacional perciba las violaciones de los derechos humanos de las mujeres como un tema que debe ser incluido dentro del *mainstream*⁹⁸.

3.1.2 Reglas de procedimiento que limitan la aplicación efectiva del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

Uno de los resultados concretos de las recomendaciones contenidas en la Plataforma de Acción de Beijing (1995) fue la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención. Con la aprobación del Protocolo Facultativo, se habían hecho realidad los compromisos contraídos por la comunidad internacional tanto en la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena*⁹⁹ de 1993 como en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995. Actualmente (a octubre de 2012) son 104 Estados los

⁹⁸ Las principales funciones de ONU Mujeres son: dar apoyo a las entidades intergubernamentales como la CSW en su formulación de políticas, estándares y normas mundiales; dar asistencia a los Estados miembros para implementar esos estándares dando, cuando sea necesario, el apoyo técnico y financiero adecuado para ayudar a los países que lo soliciten así como para establecer alianzas eficaces con la sociedad civil; y hacer que el sistema de la ONU rinda cuentas de sus compromisos en materia de igualdad de género, incluyendo el monitoreo continuo de los progresos dentro del sistema.

⁹⁹ A/CONF.157/23 12 de julio de 1993.

que lo han ratificado frente a los 260 que han ratificado la CEDAW. Dicho protocolo entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Hasta dicho momento, la CEDAW era uno de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con procedimientos de implementación más débiles, ya que sólo podía vigilar y velar por el cumplimiento de las previsiones de la misma por medio de los informes. Con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo se reconoce al Comité la competencia para conocer de quejas individuales planteadas por personas o grupos de personas (artículo 2) y la posibilidad de iniciar un procedimiento de investigación de oficio (artículo 8).

En el artículo 8 el Protocolo Facultativo también atribuye al Comité la posibilidad de que, en el caso de que reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención, invite a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información. El Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique, con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio (artículo 8).

Sin embargo, esta posibilidad de actuación del Comité queda muy limitada ya que aunque el protocolo no admite reservas, lo que constituye uno de los aspectos más positivos de este instrumento (Gómez Isa, 2003)¹⁰⁰, los Estados que lo ratifican o se adhieran a él, pueden declarar no reconocer la competencia del Comité para iniciar el procedimiento de investigación previsto en los artículos 8 y 9. Éste último artículo prevé la posibilidad de que el Comité exija al Estado que incluya información sobre cualquier medida que hubiera adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 en el informe que ha de presentar al amparo del artículo 18 de la CEDAW. El procedimiento de investigación es un mecanismo de protección bastante exigente con los Estados dado que otorga amplias facultades al Comité para iniciar investigaciones en aquellos países en los que estima que se están cometiendo

¹⁰⁰ Muchos Estados pusieron de manifiesto que el hecho de que el Protocolo Facultativo de la CEDAW no admitiese la posibilidad de formular reservas, no debía constituir un precedente para la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Gómez Isa, 2003).

violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. Por esto, este procedimiento fue un punto de discordia y tuvo que aceptarse la cláusula *opt-out* por la que se permite a los Estados no reconocer la competencia del Comité en este tipo de procedimiento de investigación en aras de que un mayor número de Estados ratificasen el protocolo. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que esta posibilidad limita la eficacia de la CEDAW.

En cuanto al procedimiento de quejas individuales previsto en el artículo 2, en el momento de la redacción del Protocolo se plantearon dos temas muy polémicos (Gómez Isa, 2003). El primero de ellos fue el de la legitimación activa ya que muchos Estados no estaban dispuestos a admitir que una organización pudiera interponer una queja individual en nombre de una mujer o grupo de mujeres. Finalmente se optó por que sí fuera posible. Otro de los temas polémicos fue el de la *justiciabilidad*, es decir, qué derechos de los contenidos en la CEDAW son susceptibles de una queja individual dado que muchos artículos de la Convención establecen obligaciones de carácter programático para los Estados parte. No todas las disposiciones de la CEDAW van a poder ser defendidas ante el Comité sino sólo aquellas disposiciones que contengan derechos.

La instauración de este procedimiento de queja individual, aunque es positiva, tiene inconvenientes. El primero de ellos es que la competencia del Comité para conocer de estas quejas individuales no es automática sino que exige que el Estado haya ratificado o se haya adherido al Protocolo Facultativo. Y ello obviamente exige la previa adhesión o ratificación de la CEDAW y todavía estamos muy lejos del objetivo deseado de ratificación universal. En el supuesto de que un Estado haya ratificado tanto la Convención como el Protocolo Facultativo, otro de los problemas con los que nos encontramos es que la decisión de un órgano quasi-judicial como el Comité en este procedimiento, aunque se hace pública¹⁰¹, no es vinculante para los Estados, a

¹⁰¹ En las recomendaciones finales que el Comité hace al Estado Parte tras finalizar un procedimiento iniciado por una queja individual, además de hacer recomendaciones particulares en relación con la situación de la autora de la comunicación para remediar la violación sufrida, evitar nuevas violaciones en un futuro y hacer recomendaciones generales para acabar con la violencia contra las mujeres, también se pide al Estado parte que publique las opiniones y recomendaciones del Comité, que las

diferencia de lo que sucede por ejemplo con decisiones de órganos judiciales como el TEDH. Por lo tanto el Comité puede reconocer que en el territorio del Estado demandado se ha producido una violación de un derecho de una mujer, pero dicha resolución puede que sirva de poco para remediar la situación de dicha mujer.

Muchos de los requisitos procedimentales constituyen otro obstáculo para lograr la efectividad de la protección de los derechos de las mujeres. El artículo 4 del Protocolo recoge los requisitos de admisibilidad de una queja individual por parte del Comité. En primer lugar, como regla general, deben haberse agotado los recursos internos, salvo en aquellos casos en que la tramitación de los recursos en el ámbito nacional se prolongue de manera injustificada, o sea probable que el Estado demandado no proporcione ningún remedio efectivo.

El rol del sistema internacional de protección de los derechos humanos es subsidiario al que tienen los sistemas de protección nacionales, es decir, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales competentes prevenir las violaciones de derechos humanos o remediarlas cuando ya se han producido. Cuando los tribunales nacionales fracasan en la efectiva implementación de los estándares internacionales de derechos humanos entra en juego el sistema internacional de protección de esos derechos. De ahí la exigencia de que se agoten los recursos domésticos como requisito de admisión a trámite de las quejas individuales, lo que implica que se hayan invocado los estándares internacionales de derechos humanos en las instancias nacionales. En la mayor parte de los casos esto puede implicar de siete a diez años de procesos judiciales domésticos y de tres a cuatro instancias judiciales como requisito previo a poder acudir al Comité de la CEDAW para, en el mejor de los casos, obtener un resultado favorable que no se traduzca en ninguna ventaja práctica para la demandante, o que el Estado no adopte ninguna medida de las que se le indica por el Comité sin que éste tenga ningún poder para obligarle a hacerlo. Esto unido al desconocimiento por parte de las mujeres de la existencia y funcionamiento de estos

traduzca a la lengua oficial del Estado y les dé amplia difusión para que lleguen a todos los sectores pertinentes de la sociedad. Además, el Comité siempre indica al Estado que dispone de un plazo de seis meses, para remitirle una respuesta por escrito que contenga información sobre toda medida que haya adoptado en relación con las recomendaciones efectuadas.

procedimientos judiciales limita mucho su eficacia. Este desconocimiento del funcionamiento de los procedimientos ante órganos de protección de derechos humanos es también compartido por muchas abogadas y abogados. De ahí la necesidad de formar a este colectivo sobre derechos humanos de las mujeres y los mecanismos de protección disponibles tanto en el sistema de Naciones Unidas como en los ámbitos regionales.

El artículo 4 también establece que se declarará inadmisibles toda comunicación que: a) se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité o ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento internacional; b) sea incompatible con las disposiciones de la Convención; c) sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; d) constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación; e) los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

No hay que restar importancia al posible efecto negativo que puede tener que una comunicación individual sea inadmitida a trámite por incumplimiento de uno de estos requisitos formales. Los Estados pueden aprovechar este resultado para alegar que el caso ha sido analizado a nivel internacional, que ha sido rechazado y que, por lo tanto, no es necesario tomar ninguna decisión nacional al respetarse los estándares de protección internacionales (Byrnes, 1994).

Una vez superados todos estos obstáculos, la tramitación de la queja individual frente al Comité también requiere un tiempo. Ya hemos abordado la sobrecarga de trabajo que tenía el Comité, carga de trabajo que puede verse aliviada con el aumento de sus periodos de sesiones. Pero aún así la resolución de una comunicación no va a ser inmediata. Por todo ello el acceso a un recurso efectivo ante el Comité de la CEDAW se torna muy difícil. Esto unido al hecho de que sus resoluciones no garantizan a la recurrente un remedio a las violaciones de sus derechos, ya que sus resoluciones no son vinculantes, puede traducirse en razones más que suficientes para disuadir a las mujeres de la interposición de una queja individual.

III. LA INCLUSIÓN DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

No puede negarse la preocupación dentro del DIDH por dar una respuesta a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Así lo demuestra la proliferación de estándares de derechos humanos en el ámbito internacional en los últimos sesenta años y, más recientemente, un interés creciente en la elaboración de un número importante de instrumentos internacionales que consagran la prohibición de discriminación de las mujeres (Byrnes, 1994) y derechos específicos de las mujeres. Por otro lado, existe abundante jurisprudencia dictada por organismos internacionales de derechos humanos que se han ocupado de resolver cuestiones de importancia para las mujeres. Por lo tanto, cabe afirmar que el DIDH ha intentado tener en cuenta las violaciones los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos. Sin embargo, otra cuestión es en qué medida el DIDH ha conseguido dar una respuesta efectiva y adecuada a dichas violaciones. Esta última pregunta implica dar respuesta a otras preguntas como las siguientes: en qué términos se produce la inclusión de esas violaciones de derechos dentro de los organismos e instrumentos internacionales de derechos humanos; qué es lo que se incluye y qué es lo que se excluye; lo que se incluye, en qué medida se incluye; si los temas tratados por los organismos de protección de los derechos humanos son los más relevantes para las mujeres; si existe un compromiso real de afrontar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. En mi opinión, la respuesta a todas estas preguntas implica responder a si las categorías de análisis como el género y las experiencias de las mujeres han sido incluidas o no dentro del sistema de protección de derechos humanos de la ONU y en los ámbitos regionales, en este caso el europeo.

Para dar respuesta a estos interrogantes voy centrarme en el análisis de jurisprudencia. Dos han sido los criterios que he seguido para seleccionar la jurisprudencia objeto de estudio. Quería centrar mi análisis en jurisprudencia de organismos de protección de derechos humanos generales y específicos de las mujeres para comprobar la existencia o no de diferencias en el modo de incluir las experiencias de las mujeres dentro de sus respectivos marcos de interpretación jurisprudencial.

Debido a la variedad de organismos de protección de derechos humanos generales y a la imposibilidad de abarcar un análisis de la jurisprudencia emanada de todos ellos por lo limitado de este estudio, he decidido acotar mi análisis a dos organismos, uno del sistema de protección de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (CDH), y otro del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la intención de comprobar las similitudes o diferencias de ambos organismos en el modo de interpretar los instrumentos de protección de derechos humanos sobre los que tiene competencia dentro de diferentes ámbitos de aplicación: internacional y regional. He seleccionado el CDH como organismo del sistema de Naciones Unidas porque fue el primer Comité que se creó dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas (1966) y es, por tanto, el organismo que más jurisprudencia ha desarrollado interpretando el PIDCP. Además porque su jurisprudencia es, en cierta medida, referente para el resto de comités de protección de derechos humanos y para organismos de protección regionales (TEDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo). En el ámbito regional, he seleccionado el TEDH porque es el que me resulta más familiar, tanto por mi propio contexto geográfico personal como porque en 2009 tuve la oportunidad de trabajar en dicho tribunal. En cuanto a los organismos de protección de derechos humanos específicos de las mujeres, me he centrado en el instrumento y el organismo internacional de protección de los derechos humanos del sistema de Naciones Unidas por excelencia, la CEDAW que consagra los derechos de las mujeres, y Comité de la CEDAW por ser su órgano de vigilancia.

Al analizar el tratamiento dado por dichos organismos internacionales a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres voy a distinguir con Byrnes (1992) entre:

- a) violaciones de los derechos humanos de las mujeres que son similares a las violaciones de los derechos humanos de los hombres y
- b) violaciones de los derechos humanos de las mujeres en los que no existe un modelo masculino con el que compararlas.

Dentro de éstas últimas abordaré:

1. violaciones de derechos reproductivos,
2. violaciones de derechos sexuales, centrándome en la violación y
3. casos de violencia contra las mujeres, particularmente mutilación genital femenina y violencia machista en pareja.

Antes de adentrarme en dicho análisis considero apropiado hacer una referencia a los preceptos del PIDPC y del CEDH que consagran el principio de prohibición de discriminación dado que los artículos de la CEDAW ya los he expuesto con anterioridad. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el PIDCP está consagrada en los artículos 2.1, 3 y 26.

Artículo 2. 1: Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3: Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La prohibición de discriminación por razón de sexo en el CEDH está prevista en su artículo 14: *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una*

minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Este artículo 14, al igual que los artículos 2 y 3 del PIDCP, sólo garantiza el derecho de no discriminación en relación con otros derechos consagrados en el CEDH o en el Pacto. El artículo 14 del CEDH no crea un derecho adicional a no ser discriminado, sino un principio aplicable cuando se exponen violaciones de otros derechos que son competencia del TEDH. Es un principio que tiene carácter accesorio. Es lo que O'Connell (2009) califica como el "parasitic requirement". Por ello, este artículo deberá siempre ser invocado junto con otro/s artículo/s de la CEDH o de sus protocolos adicionales. En consecuencia, la violación del artículo 14 no será analizada si se estima la violación del primero de los derechos invocados debido al carácter subsidiario de este principio de no discriminación (Besson, 2008). En los supuestos que esto ha sucedido se ha perdido la oportunidad de conocer cuál hubiera sido el posicionamiento del TEDH respecto a la prohibición de discriminación.

Sin embargo, el artículo 26 de PIDCP garantiza un derecho a la no discriminación autónomo. O'Connell (2009) considera que el hecho de que el artículo 14 del CEDH no consagrara un derecho autónomo era una prueba de la debilidad de este artículo. Dentro del ámbito del Consejo de Europa (TEDH), este derecho autónomo a no ser discriminado, que puede ser alegado con independencia de la violación de otros derechos, no existía hasta el año 2005 en que se aprobó el *Protocolo Nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Prohibición General de la Discriminación*¹⁰². En este Protocolo se establece: "*La prohibición general de discriminación: 1. El disfrute de cualquier derecho establecido por la ley ha de ser asegurado sin distinción alguna por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra su Estado. 2. Nadie podrá ser discriminado por ninguna autoridad pública en determinados motivos, como los mencionados en el apartado 1*". A partir de la entrada en vigor de este protocolo, este derecho será directamente invocable independientemente de que se violen o no otros

¹⁰² CETS Nº 177.

derechos del Convenio frente a aquellos Estados que lo hayan ratificado. Tanto en el PIDPC como en el CEDH, el sexo se constituye como uno de los motivos discriminatorios, por lo que la discriminación por razón de sexo no es un principio distinto del principio general de no discriminación.

Una vez expuesto cómo prevén el PIDCP y el CEDH la prohibición de discriminación, paso a la exposición del primer grupo de casos en los que se denuncian violaciones de los derechos humanos de las mujeres que guardan similitud con violaciones de derechos humanos de los hombres, casos en los que las mujeres están reclamando el mismo derecho reconocido a los hombres, analizando el tratamiento dado a estos casos por el CDH y del TEDH. El orden en el que se exponen estos casos es cronológico.

1. Violaciones de los derechos humanos de las mujeres que son similares a las violaciones de los derechos humanos de los hombres

1.1 Comité de Derechos Humanos

En *Lovelace c. Canadá*¹⁰³ (1981) la solicitante, una mujer india Maliseet, al casarse con un varón no indio, perdió su estatus y derechos como india de conformidad con la legislación nacional de Canadá. Tras su divorcio reclamó el derecho de volver a su tribu pero la tribu se lo impidió por haber perdido el estatuto de india por razón de matrimonio. La solicitante, basándose en que la legislación nacional aplicable no priva al hombre indio que se casa con una mujer no india de su estatus y derechos como indio, alegó que dicha legislación la discriminaba por razón de sexo y, por tanto, violaba derechos consagrados en el PIDCP. El Comité, aunque reconoció que los artículos, 2, 3 y 26 del Pacto que establecen la prohibición de discriminación por razón de sexo, podrían ser de aplicación al caso, rehusó declarar al Estado demandado responsable porque la solicitante contrajo matrimonio antes de que el PIDCP entrase en vigor en Canadá. De todos modos, el Comité afirmó que negar a la solicitante el derecho de residir en la reserva, no era ni razonable ni necesario para preservar la identidad de la tribu y que, por lo tanto, la negativa del gobierno a reconocerla como

¹⁰³ Comunicación Nº R.6/24, 36 U.N. GAOR Supp. (Nº 40) at 166, U.N. Doc. A/36/40 (1981).

una miembro de la tribu constituía una injustificada denegación de su derecho a disfrutar de su propia cultura, tal y como prevé el artículo 27 del PIDPC (derecho de las minorías étnicas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma).

En *Broeks c. Países Bajos*¹⁰⁴(1984) por la recurrente se interpuso demanda por considerar que la legislación que le impedía cobrar una prestación por desempleo por no ser ella quien mantenía a la familia (*breadwinner*) era discriminatoria. El CDH consideró dicha legislación discriminatoria, contraria al artículo 26 del Pacto (prohibición general de discriminación), al no existir una previsión legal que estableciese esa misma restricción en el caso de que la persona con derecho a cobrar la prestación fuese un varón.

En *Aumeeruddy-Cziffra y otras diecinueve mujeres c. Mauritana*¹⁰⁵ (1984) las actoras solicitaban se declarase discriminatoria la legislación mauritana que limitaba los derechos de los maridos extranjeros casados con mujeres nacionales para adquirir la residencia. El CDH consideró dicha legislación discriminatoria, contraria al artículo 26 del Pacto (prohibición general de discriminación), al no existir esta limitación de derechos respecto de las esposas extranjeras de hombres nacionales.

En *Ato del Avellanal c. Perú*¹⁰⁶ (1986) la parte actora pretendía que se declarase discriminatoria la legislación que permitía sólo al esposo defender los bienes gananciales ante los Tribunales. El CDH así lo declaró considerando vulnerados los artículos 3 junto con el artículo 14.1, que consagra el derecho a la igualdad ante los Tribunales, y el artículo 26.

¹⁰⁴ Comunicación N° 182/1984, 42 U.N. GAOR Supp (N° 40) at 160, U.N. Doc. A/42/40 (1987).

¹⁰⁵ Comunicación N° 172/1984, 42 U.N. GAOR Supp (N° 40) at 139, U.N. Doc. A/42/40 (1987).

¹⁰⁶ Comunicación N° 202/1986, 44 U.N. GAOR Supp. (N° 40) at 196, U.N. Doc. A/44/40 (1989).

1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*¹⁰⁷ (1985), las recurrentes solicitaban se reconociera como discriminatoria la legislación del Reino Unido que obstaculizaba los derechos de reagrupación familiar de los esposos de las mujeres extranjeras residentes legales en dicho país. El TEDH declaró existente una violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) conjuntamente con el artículo 14 del CEDH, al no existir los mismos obstáculos para que los varones extranjeros pudiesen reagrupar a sus esposas. La reacción de Reino Unido a dicha sentencia fue, en lugar de extender el derecho de reagrupación familiar de las mujeres, reducir el derecho de los varones para reagrupar a sus esposas.

En *Willis c. Reino Unido*¹⁰⁸ (1997) la solicitante pretendía que se declarase discriminatorio el hecho de que las mujeres viudas cobrasen menos que los hombres viudos. El TEDH considera que los hechos denunciados constituyen una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del CEDH conjuntamente con el artículo 1 del Protocolo 12 ya que no existe ninguna razón objetiva ni razonable para aplicar ese diferente tratamiento a hombres y mujeres¹⁰⁹.

En los casos del CDH y del TEDH presentados se aplica un principio de igualdad basado en un modelo androcéntrico: si los hombres tienen un determinado derecho o beneficio y las mujeres reclaman idénticos derechos o beneficios, o plantean una cuestión similar a aquellas que plantean los hombres, los organismos internacionales de protección de derechos humanos generales pueden reconocer estas reclamaciones (Mackinnon, 1995, 1994). Las mujeres que se ven beneficiadas por esta neutralidad de género son, en su mayoría, mujeres que “han sido capaces de construir una biografía que se aproxima en algo a la norma masculina” (Mackinnon, 1984: 89). En todos estos

¹⁰⁷ Nº s 9214/80, 9473/1981 y 9474/ 1981, Sentencia del TEDH de 23 de mayo de 1985. En el periodo de tiempo en que se plantearon estos tres casos, había unos cien casos similares contra Reino Unido (Buquicchio-de Boer, 1985)

¹⁰⁸ Nº 36042/97, Sentencia de 11 de junio de 2002.

¹⁰⁹ En términos muy parecidos *Wessels-Bergervoet c. Holanda*, Nº 34462/97, Sentencia de 4 de junio de 2002.

casos se aplica el modelo de discriminación desde el enfoque “similaridad y diferencia” que mide la igualdad por un estándar masculino (Cook, 1994 a y b). Se busca la igualdad formal y ésta se identifica con la igualdad ante la ley, es decir, con igualdad como generalización, como abstracción de las diferencias. Realizando estas abstracciones y generalizaciones se universaliza un sujeto público masculino. El principio de igualdad que se aplica a estos casos coincide con el tercer modelo de configuración jurídica de la diferencia planteado por Ferrajoli (1999), que denomina “homologación jurídica de la diferencia”: un modelo en el que las diferencias son ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. Se asume una identidad como “normal” y, al mismo tiempo, como “normativa” sin cuestionar la parcialidad del sujeto universalizado: el varón. De este modo “el orden patriarcal confunde, adrede y con pésimos resultados, persona con varón y lo femenino aparece como peculiaridad o desviación de una masculinidad autoinstruida en norma” (Valcárcel, 2000:158).

Los casos en los que se han planteado cuestiones discriminatorias y que han finalizado con un resultado positivo han sido casos relativamente fáciles desde un punto de vista analítico (Byrnes, 1992). Pero “aunque se reconozca a las mujeres los mismos derechos que a los hombres, en la mayoría de casos, se trata de un reconocimiento formal que no implica asumir ninguna reorientación teórica que vaya a cambiar la posición de las mujeres en general” (Smart, 1989b: 145).

Por lo tanto puede concluirse afirmando que el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres no es demasiado problemático cuando se plantea como una cuestión discriminatoria individual, entendida como una ruptura individualizada de la igualdad de trato formal (Barrère, 2008) en la que no se reconocen a las mujeres los mismos derechos de los que gozan los varones porque no se cuestiona el parámetro que se utiliza para llevar a cabo la comparación, porque las experiencias de las mujeres se reconducen a la experiencia masculina¹¹⁰. Sin embargo

¹¹⁰ Esto no significa que todas las reclamaciones hechas por las mujeres en este sentido sean estimadas como lo demuestra por ejemplo la sentencia del TEDH recaída en el caso *Hagman-Husler c. Suiza* (Nº 8042/77, Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 1977). La

el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres se torna más difícil en los supuestos en los que no existe una experiencia masculina a la que se pueda reconducir la femenina, como sucede en los casos que expongo a continuación.

2. Violaciones de los derechos humanos de las mujeres en los que no existe un modelo masculino con el que realizar la comparación

En estos casos las reclamaciones efectuadas por las mujeres no se limita a una cuestión discriminatoria por no existir un modelo masculino con el que realizar la comparación. Me centro en:

- a) tratamiento dado a las violaciones de derechos reproductivos por parte del CDH, TEDH y Comité de la CEDAW;
- b) tratamiento dado a la violación de derechos sexuales, en concreto a la violación por parte del TEDH y el Comité de la CEDAW y
- c) tratamiento dado a la violencia contra las mujeres por parte del TEDH y el Comité de la CEDAW.

En este último apartado, en relación con el TEDH estudiaré el tratamiento dado a la violencia machista en pareja y a la mutilación genital femenina y, con respecto al Comité de la CEDAW, me limitaré al análisis del tratamiento dado a casos de violencia machista en pareja. El orden en el que se exponen los casos es cronológico.

2.1 Derechos reproductivos

Aunque ninguno de los pactos o convenios universales o regionales de protección de los derechos humanos emplea las expresiones “derechos sexuales” y “derechos reproductivos” ello no ha impedido que se haya tratado de protegerlos. El término derechos reproductivos empieza a generalizarse a partir de la V Conferencia

actora consideraba que la legislación que la obligaba a utilizar como apellido el de su esposo era contraria al artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y al artículo 14 (prohibición de discriminación). Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que no hubo violación de derecho alguno al considerar que esta medida estaba justificada por parte del gobierno suizo por la necesidad de que las esposas y los hijos e hijas fueran fácilmente identificados como familia frente a terceros, y que la solicitante tenía la oportunidad de añadir su apellido de soltera tras el apellido del marido.

Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) llevada a cabo en El Cairo en 1994 para reivindicar los derechos que las mujeres tienen en el ámbito reproductivo (Villanueva Flores, 2006). El Programa de Acción de la CIPD, en su párrafo 7.3, contiene una definición de derechos reproductivos que fue ratificada por la Plataforma de Acción de Beijing en 1995: “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos/as, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

Aunque sólo el Comité de la CEDAW tiene un mandato que cubra explícitamente los derechos reproductivos, por estar éstos previstos de modo expreso en su artículo 16.1 e), el CDH y el TEDH se han ocupado también de estas cuestiones. Veamos el tratamiento dado por estos dos organismos a la protección de los derechos reproductivos.

a) Comité de Derechos Humanos.

Voy a analizar siguiendo a Fleur Van Leeuwen (2008), en qué medida el CDH tiene en cuenta determinadas cuestiones relacionadas con el proceso de la reproducción humana y con el disfrute de los derechos humanos por parte de las mujeres en relación a sus capacidades biológicas de gestar y dar a luz. Estas cuestiones son cuatro: 1. falta de información y educación reproductiva, 2. falta de métodos anticonceptivos, 3. falta de cuidado materno de buena calidad y 4. falta de instalaciones seguras y legales en donde practicar un aborto. Por último, comprobaré en cada caso si el CDH formula obligaciones para los Estados (positivas o negativas) para conseguir la promoción y protección estos derechos.

1. Falta de información y educación reproductiva. Los documentos finales de las Conferencias Mundiales de El Cairo (Población y Desarrollo) y Beijing enfatizan el derecho humano de ser informado sobre la selección de métodos de planificación familiar. La información y la educación sobre reproducción preceden el resto de cuestiones reproductivas: “sólo cuando las mujeres tienen un conocimiento de las implicaciones de aceptar o rechazar un método particular de planificación familiar se puede considerar que la toma de decisiones en materia de reproducción es voluntaria” (Eriksson, 2000: 245).

El artículo 19.2 del PIDCP establece que todo el mundo tiene derecho a la libertad de expresión, y que ese derecho debe incluir la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo. El CDH sostiene que los Estados deberían abstenerse de restringir indebidamente el acceso a información sobre el aborto y afirma que deberían adoptar programas de planificación familiar e introducir educación sexual veraz y objetiva en las escuelas. Sin embargo, el CDH deriva estas obligaciones positivas no del artículo 19.2 sino del artículo 6 que consagra el derecho a la vida. Su línea argumental se basa en que los embarazos no deseados causan un gran número de abortos inseguros que, a su vez, causan un gran número de muertes maternas. Se considera que la información y educación reproductiva ayudan a prevenir embarazos indeseados y, por tanto, disminuyen la tasa de mortalidad materna. Esta formulación tiene un inconveniente ya que las obligaciones positivas de los Estados de ofrecer información y educación sexual resultan de la implementación del derecho a la vida, y no existirían si los embarazos no deseados no condujeran a abortos clandestinos sino a abortos seguros o adopciones y no afectasen a la tasa de mortalidad materna. Por lo tanto, el CDH no reconoce un derecho individual a la información y a la educación reproductiva en el PIDCP.

2. Falta de métodos anticonceptivos. El derecho humano a tener acceso a métodos de planificación familiar de elección propia, seguros, asequibles, efectivos y aceptables se enfatiza en el documento final de la Conferencia Mundial de El Cairo de 1994. El PIDCP no contiene ninguna previsión explícita respecto a la falta de métodos anticonceptivos como violación de un derecho. Al igual que sucede con el derecho a la

información y a la educación reproductiva, el CDH trata el acceso a los métodos anticonceptivos en referencia a la tasa de mortalidad materna y, de esta forma, lo vincula con el derecho a la vida del artículo 6 PIDCP. Así sólo establece obligaciones positivas para los Estados en la medida en que la falta de acceso a estos métodos puede poner en peligro la vida materna, no existiendo por tanto tampoco un derecho individual a acceder a dichos métodos.

3. Asistencia sanitaria materna. Aunque el CDH expresa su preocupación por las altas tasas de mortalidad materna, casi nunca ha tratado la cuestión de la asistencia sanitaria materna a pesar de que solicita datos a los Estados sobre las muertes maternas relacionadas con el embarazo y el parto en virtud de lo dispuesto en su Observación General Nº 28, pero nunca presta atención a sus causas, aparte de los abortos. Es decir, en cuanto a la asistencia sanitaria materna, el CDH simplemente sostiene que ésta es necesaria para el disfrute del derecho a la vida.

4. Aborto seguro y legal. El Programa de Acción del Cairo de 1994 reconoce el derecho fundamental de todas las parejas e individuos a decidir libremente y de manera responsable el número, espaciado y temporización de sus hijos/as y tener la información y los medios para hacerlo. Pero “no hay un acuerdo sobre si este derecho también incluye un derecho individual al aborto seguro y legal” (Fleur Van Leeuwen, 2008: 153). El CDH, en algunas observaciones finales, expresa su preocupación por la alta tasa de mortalidad materna que resulta de los abortos ilegales, pero se abstiene de formular ninguna obligación o recomendación para afrontar este problema. El CDH es más directo en aquellos casos en que el Estado prohíbe el aborto en su legislación nacional. En estos casos recomienda a los Estados que introduzcan excepciones a la prohibición general de abortar, cuando el embarazo suponga una amenaza para la vida o salud de la mujer, o sea el resultado de violación o incesto. Sin embargo no afirma que exista una obligación general para los Estados de permitir el aborto en esos casos. Cuando el CDH realiza alguna recomendación hace de nuevo referencia a la alta tasa de mortalidad materna. El argumento que sigue es el siguiente: como un embarazo pone en peligro la vida de una mujer, se ve obligada a abortar, pero como los abortos son ilegales, tiene que acudir a personal no cualificado y, al hacerlo, pone en peligro su

vida y salud. El CDH, por tanto, es muy reacio a formular obligaciones positivas a los Estados en relación con el aborto y sólo lo hará cuando pueda relacionarlas con altas tasas de mortalidad materna. Ello no obstante recomienda una excepción a la prohibición del aborto en caso de violación o incesto. Este tema ha sido tratado en su Observación General Nº 28 en el que establece que para poder evaluar el cumplimiento por parte de los Estados de los artículos 7 (prohibición de tortura) y el artículo 24 (derecho del niño y de la niña de obtener todas las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado), necesita saber si los Estados dan acceso al aborto seguro a las mujeres que se quedan embarazadas como consecuencia de una violación. Es decir, establece que para cumplir con dichos artículos los Estados deben dar acceso al aborto seguro. En este mismo comentario, el CDH vincula el aborto con el derecho a la intimidad sosteniendo que los derechos legales impuestos al personal médico para informar sobre los casos de mujeres a las que se les ha practicado un aborto son ejemplos de la violación del derecho a la intimidad de las mujeres. En este último caso los Estados tienen la obligación negativa de abstenerse de imponer obligaciones legales al personal médico de informar de las mujeres a las que se les ha practicado un aborto.

Respecto al acceso al aborto en casos en que el embarazo sea la consecuencia de una violación o incesto, no queda claro si constituye una obligación positiva de proveer estos servicios, ya que *dar acceso* al aborto puede significar tanto una obligación de proveer como una obligación de permitir. Es decir que el CDH no llega a establecer una obligación positiva de prestar estos servicios.

Veamos ahora un caso concreto en el que el CDH resolvió una queja individual presentada en un caso de aborto: *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú*¹¹¹ (2003). La recurrente, menor de 17 años de edad, fue informada de que portaba en su seno un feto anencefálico y que, de continuar con el embarazo, existía un riesgo para su vida. Decidió abortar pero el director del hospital le comunicó que era imposible por cuanto la legislación al respecto preveía una pena no inferior a tres meses para aquellos que

¹¹¹ Comunicación Nº 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

practicasen el aborto, cuando éste no fuese el único medio de salvar la vida de la madre o de impedir un daño serio y permanente a su salud. Varios profesionales aconsejaron el aborto para evitar la angustia e inestabilidad emocional a la menor, aunque dicho aborto no se pudo llevar a cabo por negativa del personal del Ministerio de Salud. Un informe psiquiátrico constataba que se habían causado a la madre un serio daño al obligársele a seguir adelante con un embarazo cuyo resultado iba a ser la muerte del feto a los pocos días de nacer, incidiendo ello negativamente en su salud mental. La madre tuvo el bebé y éste falleció a los cuatro días, entrando la madre en una profunda depresión. Debido a la negativa de practicarle el aborto terapéutico la madre sufrió la angustia de ver las deformidades de su hija sabiendo que ésta moriría pronto. Esta experiencia añadió sufrimiento al ya experimentado durante el embarazo. Esta situación pudo preverse y pudo evitarse el sufrimiento de la madre, en gran medida provocado al impedírsele llevar a cabo el aborto. El CDH consideró que el Estado había violado varios artículos del PIDCP: artículo 2 que prevé la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos consagrados en el Pacto sin discriminación alguna conjuntamente con los artículos 7 (prohibición de tortura), artículo 17 (prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada) y artículo 24 (derecho de todo niño/ niña a las medidas de protección que su condición de menor requiere).

En conclusión, el CDH no reconoce un derecho individual ni establece una obligación positiva del Estado respecto al acceso a la información y educación reproductiva, ni al acceso a métodos anticonceptivos, ni a la asistencia sanitaria materna. El CDH trata dichos temas en referencia a las tasas de mortalidad materna, y de esta forma lo vincula con el derecho a la vida del artículo 6 PIDCP. Sólo establece obligaciones positivas para los Estados en la medida en que la falta de acceso a métodos anticonceptivos o a la falta de información y educación reproductiva ponga en peligro la vida o salud materna. En cuanto al aborto legal y seguro, si el Estado prohíbe el aborto en su legislación nacional, el CDH recomienda que se introduzcan excepciones a la prohibición general de abortar, en casos en los que el embarazo suponga una amenaza para la vida de la mujer, o en los que los embarazos son el resultado de violación o incesto. Se trata de una mera recomendación y no de una

obligación general para los Estados de permitir el aborto en esos casos. Como vemos en *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú*, cuando a la mujer no se le permite abortar, se considera que existe una violación de la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 7 del PIDCP) y del derecho al respeto a la vida privada de la mujer (artículo 17), siempre y cuando su vida o salud esté en peligro. De nuevo volvemos a argumentos riesgo-salud como único supuesto en que se permite a las mujeres tener el control sobre su propio cuerpo, lo que implica una total negación de la autonomía reproductiva de las mujeres ya que quien decide es el personal médico.

Por tanto, todas las cuestiones relacionadas con la capacidad de las mujeres de decidir sobre la procreación se vinculan con el derecho a la vida o salud de las madres y nunca con la autonomía de las mujeres para tomar una decisión que afecta al control de su propio cuerpo. El CDH únicamente vincula el derecho al aborto con el derecho a la intimidad respecto a los derechos legales impuestos a los médicos para informar sobre los casos de mujeres a las que se les ha practicado un aborto.

b) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Veamos ahora cómo aborda el TEDH los casos en los que se plantea una violación de los derechos reproductivos de las mujeres. El TEDH en su artículo 8 consagra el respeto a la vida privada y familiar. Dentro del derecho a la vida privada se incluye, tanto el derecho a la autonomía personal, la vida sexual, como a la integridad física y psíquica y la libre elección sobre la reproducción, tal y como se configura en *A, B y C c. Irlanda*, como veremos enseguida.

En *Bruggemann y Scheuten c. Alemania*¹¹² (1976) las solicitantes alegaban que la legislación alemana que criminalizaba el aborto, salvo en el supuesto de que éste fuese llevado a cabo dentro de las veintidós semanas siguientes a la concepción, o que existiera peligro para la vida de la madre, era contraria al artículo 8 del CEDH al interferir en su vida privada. La extinta Comisión Europea de Derechos Humanos

¹¹² Nº 6959/75, Decisión de 19 de mayo de 1976.

declaró que no se violaba el artículo 8 por considerar que el embarazo no sólo pertenece al ámbito de la vida privada de la mujer ya que, cuando ésta está embarazada, su vida privada está íntimamente relacionada con el feto, por lo tanto, no toda reglamentación de la interrupción del embarazo no deseado constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la madre. Sin embargo se emitieron dos votos particulares en los que cuatro magistrados consideraron que era difícil pensar en elementos más esenciales que integren la vida privada de las mujeres que el embarazo y el aborto, sosteniendo que la prohibición absoluta del aborto representaba una violación prohibida del derecho a la vida privada de las mujeres al amparo del art. 8 del CEDH.

En decisiones posteriores, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el TEDH, han reconocido que la decisión de procrear o no procrear de las mujeres (y también de los hombres) forma parte del derecho al respeto de sus vidas privadas (art. 8 CEDH), pero para llegar a esta conclusión hace un balance entre los intereses del feto y los intereses de la mujer, balance que resuelve a favor de la mujer cuando existe un riesgo para ésta, con el fin de proteger un derecho distinto que es su derecho a la salud o a la vida. Por lo tanto, sólo en los casos en los que existen riesgos graves para la vida o la salud de las mujeres, se afirma el derecho al respeto de la vida privada de éstas. Así sucede por ejemplo en *X c. Reino Unido*, *Paton c. Reino Unido*, *Boso c. Italia*, *Tysiack c. Polonia* y en *A. B. y C. c. Irlanda*.

En *X c. Reino Unido* (1980), la esposa del demandante recurrió a un aborto para proteger su salud en el curso de la décima semana de embarazo. Su esposo sostenía que su consentimiento debía ser previo a la interrupción del embarazo. La Comisión de Derechos Humanos afirmó que la interrupción del embarazo constituía una interferencia en la vida privada y familiar del padre, tal como la define el art. 8 CEDH, pero que dicha interferencia estaba justificada por la necesidad de proteger la vida y la salud de la mujer.

En *Paton c. Reino Unido*¹¹³ (1980) un esposo planteaba que el no poder impedir a su esposa que abortara constituía una violación del artículo 8 del CEDH. La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que no existía violación del respeto al derecho a la vida privada y familiar del esposo (que para él representaba el nacimiento de su hijo) por estar protegiéndose el derecho al respeto a la vida privada de otra persona, su esposa, y tener este último derecho prioridad ya que estaba en riesgo la vida y salud de la madre.

En *Boso c. Italia*¹¹⁴ (2002) el esposo-recurrente pretendía impedir que su esposa abortara, planteándose de nuevo un equilibrio entre los intereses del feto y la salud de la mujer. El TEDH estima que la ley que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre, proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto. Al igual que en los casos vistos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, la ponderación de intereses tiene como marco un supuesto que se caracteriza por la presencia de riesgos graves para la salud de la mujer. Por lo tanto no hubo violación del artículo 8.

En esta misma línea, *Tysiac c. Polonia*¹¹⁵ (2007). En este caso, a la recurrente se le impidió abortar en un supuesto previsto en la legislación polaca y, como consecuencia, perdió la vista tras el parto. El TEDH estimó vulnerado el derecho al respeto a la vida privada de la mujer embarazada, en su manifestación de vulneración del derecho a la integridad física al verse afectada la salud de la mujer por la negativa médica de interrumpir el embarazo.

En *A. B. y C. c. Irlanda*¹¹⁶ (2010), el más reciente de los casos expuestos, el TEDH sostiene que Irlanda no incumple con el artículo 8 del CEDH por permitir únicamente el aborto cuando exista un riesgo real para la vida de la madre, considerando que la prohibición del aborto en otros casos en que no exista este riesgo o peligro para la salud

¹¹³ Nº 8416/78, Decisión de 13 de mayo de 1980.

¹¹⁴ Nº 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002.

¹¹⁵ Nº 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007.

¹¹⁶ Nº 25579/05, Sentencia de 16 de diciembre de 2010.

o bienestar de la madre, no constituye una interferencia injustificada por parte del Estado, ya que la legislación irlandesa, en estos últimos casos, permite a las mujeres viajar al exterior con el fin de que se les practique el aborto.

Concluyendo, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el TEDH ha seguido el criterio de reconocer que la decisión de procrear o de no procrear forma parte del derecho al respeto a la vida privada de las mujeres, pero sólo cuando su derecho a la vida o salud está en riesgo. Éste es el tratamiento que el TEDH dispensa a los derechos reproductivos de las mujeres, porque por lo que respecta a los derechos reproductivos de los hombres, el TEDH entiende que la decisión de procrear o de no procrear está igualmente integrada en el derecho al respeto a la vida privada no supeditando este derecho a ninguna condición. Veamos en los dos casos siguientes cómo el TEDH configura los derechos reproductivos de los varones subsumiéndolos dentro del artículo 8 del CEDH, derecho al respeto a la vida privada y personal, sin ningún condicionante.

En *Evans c. Reino Unido*¹¹⁷ (2007) la demandante y su compañero iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. Tras iniciar el tratamiento la pareja fue informada de que la demandante tenía graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral por lo que debía procederse a la obtención de los óvulos para la fecundación *in vitro* (FIV) cuanto antes. Tras la extracción y fecundación de los óvulos la demandante fue operada. En una de las consultas, por parte del personal médico, se informó a la pareja que, conforme a ley británica de fecundación y embriología humana, cada uno de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en todo momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Tras la fecundación de los óvulos y antes de la implantación de los embriones la pareja se separó y el varón retiró el consentimiento solicitando la destrucción de los embriones. La demandante alegaba que la ley británica que exigía el consentimiento de su ex compañero para que ella pudiera hacerse implantar los embriones violaba sus

¹¹⁷ Nº 6339/05, Sentencia de 10 de abril de 2007.

derechos en virtud de los artículos 8 (derecho al respeto a la vida personal y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio.

En cuanto a la violación del artículo 8, para la interesada, nada obligaba al Reino Unido a intervenir en las relaciones entre donantes de gametos, relaciones que un buen número de Estados se han abstenido de reglamentar. Pero desde el momento en que decidió hacerlo le correspondía, en su opinión, instaurar un marco jurídico suficientemente flexible para garantizar el respeto de los derechos humanos. La demandante estimaba que, en todo caso, el respeto de las consideraciones políticas y principios que, en opinión del Gobierno británico, constituían los pilares de la Ley en cuestión, habrían estado tanto o más garantizados si se hubiese autorizado a las personas afectadas a comprometerse irrevocablemente en el momento de la fecundación o si se hubiese previsto la posibilidad de no tener en cuenta, en circunstancias excepcionales como en su caso, la revocación del consentimiento por parte del hombre. Es decir, que tales medidas habrían conferido a las mujeres que recurren a la FIV unas prerrogativas más amplias en materia de derecho a la autodeterminación y de control de la fecundidad. También argumentaba que, una vez obtenidos sus gametos, su ex- compañero ya no tenía que someterse a ningún acto o tratamiento médico complementario que requiriera su consentimiento y que conferir al consentimiento del hombre un carácter irrevocable no crearía ninguna desigualdad de trato entre los participantes en la FIV, ya que no se podría válidamente considerar que la mujer que se niega a hacerse implantar un embrión o llevarlo a término se encuentra en la misma situación que el hombre que se retracta de su decisión de autorizar la implantación.

En cuanto a la alegación de la recurrente de violación del artículo 14, ésta sostenía que una mujer apta para procrear sin asistencia médica puede escoger con toda libertad, y al margen de toda influencia, el destino que quiere reservar a sus óvulos fecundados. Tras la fecundación, esta mujer sería totalmente dueña del destino del embrión. Por el contrario, y al igual que todas las mujeres que no pueden procrear sin recurrir a la FIV, la interesada se encontraría a merced del donante de esperma, al que la ley británica confiere el poder de oponerse a que se haga implantar un embrión.

El TEDH, respecto a la violación del artículo 8 alegada por la demandante, no tiene ninguna duda sobre la aplicación de este artículo al supuesto enjuiciado dado que considera que la «vida privada» es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no descendencia.

La cuestión que se plantea respecto al artículo 8 es si éste hace recaer sobre el Estado la obligación positiva de garantizar a las mujeres que se someten a este tipo de tratamiento con el fin específico de dar a luz a un hijo/a de su sangre la posibilidad de hacerse implantar un embrión concebido a partir de los gametos de su ex compañero cuando éste se retracta de su compromiso. Al Tribunal no le convencen los argumentos de la demandante según los cuales, por un lado, no hay comparación posible entre las situaciones respectivas del hombre y la mujer que se prestan a un tratamiento por FIV y, por otro lado, estimó que, en principio, no se puede mantener un equilibrio justo a menos que sea revocable el consentimiento del donante masculino. Si bien es cierto que tal tratamiento no requiere el mismo grado de compromiso por parte de los dos interesados, el Tribunal no comparte la idea de que los derechos del donante masculino sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada. El Tribunal se compadece de la adversidad que atraviesa la demandante que no podrá tener descendencia de su sangre si no tiene lugar la implantación, sin embargo no considera que la ausencia de una disposición que permita no tener en cuenta la revocación del consentimiento de un padre biológico, incluso en las circunstancias excepcionales del caso enjuiciado, rompa el equilibrio justo que exige el artículo 8, ya que la situación personal de las partes ha cambiado desde el inicio del tratamiento e, incluso en este caso, sería difícil para un tribunal pronunciarse sobre la cuestión de si la retractación del ex compañero tendría para la interesada unos efectos más importantes que los que resultarían para aquél de la nulidad de la retractación en cuestión. El Tribunal considera que el Parlamento británico no excedió el margen de apreciación al promulgar la ley debatida

estableciendo un equilibrio entre los intereses de las partes y, por ello, estima que la ley debatida no viola el artículo 8.

Por otro lado, el TEDH considera que a efectos del artículo 14, una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o comparables es discriminatoria si no se basa en una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Además, los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, las diferencias entre situaciones en otros aspectos análogas justifican las distinciones de trato. También puede haber discriminación cuando un Estado, sin justificación objetiva y razonable, no trata de forma diferente a las personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas. El Tribunal considera que los motivos que le han llevado a concluir con la no violación del artículo 8 constituyen también una justificación objetiva y razonable a los efectos de no estimar concurrente una violación del artículo 14.

Sin embargo existe un voto particular emitido por un magistrado y una magistrada que no comparten la decisión del Tribunal sobre la inexistencia de violación del artículo 8. Estiman que el Tribunal concede demasiada importancia a consideraciones de orden público así como al margen de apreciación del Estado, que no tiene suficientemente en cuenta la naturaleza de los derechos individuales que se oponen en este caso y que la ley interna que rige el derecho a procrear como un derecho defendible en virtud del artículo 8 del Convenio es rigurosamente inflexible. El Tribunal considera que la ley británica mantiene un equilibrio justo no habiendo excedido el legislador el margen de apreciación reconocido a las autoridades internas al imponer una prohibición general a la procreación por fecundación *in vitro* sin consentimiento conjunto de los interesados y no autorizando ninguna excepción a esta regla. Sin embargo, la verdadera cuestión que se plantea en este caso es la de si el legislador puede legítimamente, estableciendo un equilibrio tan rígido, conceder al que revoca su consentimiento el poder de controlar totalmente la situación. El magistrado y la magistrada que disienten con la opinión del Tribunal consideran que debería haberse tenido en cuenta la situación excepcional de la demandante, que no

tiene otro medio de tener descendencia biológica, y que tienen la obligación de proteger el derecho de la interesada a procrear. En este caso, prohibir la implantación de los embriones no constituye una mera restricción al derecho de la demandante a tener descendencia de su sangre, sino que equivale a suprimirlo totalmente. Afirman que los intereses de la parte que revoca su consentimiento y desea que los embriones sean destruidos debe primar (si la legislación interna lo prevé), salvo si la otra parte: a) no tiene otro medio de tener descendencia biológica; y b) no tiene hijos/as; y c) no tiene la intención de hacer que una madre portadora tome parte en el proceso de implantación. De este modo se mantendría un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados así como entre los derechos concurrentes de las personas y no sería discriminatoria al aplicarse por igual a hombres como a mujeres.

El mismo tratamiento se concede a los derechos reproductivos de los hombres en el asunto *Dickson y Dickson c. Reino Unido*¹¹⁸ (2007). En este caso se interpone una demanda ante el TEDH por una pareja por no haber permitido las autoridades nacionales que la esposa fuese inseminada artificialmente, estando el esposo privado de libertad. El TEDH estimó vulnerado el art. 8 del CEDH de la pareja por entender que impedirles recurrir a la inseminación artificial afecta a la vida privada y familiar de los demandantes, noción que incluye el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos, no habiéndose procurado un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego. Se considera prevalente la decisión de procrear del hombre sin condicionamientos, que coincide con la decisión de procrear de la mujer. En este caso no se produce conflicto entre la vida privada de hombre y mujer porque la mujer desea lo mismo que su esposo.

Es decir, el TEDH da preferencia: a) a la decisión del varón de no procrear frente a la decisión de procrear de la mujer; b) a la decisión de procrear de ambos si es coincidente y c) sólo se da preferencia a la decisión de no procrear de la mujer frente a la decisión de procrear del varón cuando, en el caso de no abortar, exista un peligro para la vida o salud de la madre. Es decir que se protege el derecho fundamental del

¹¹⁸ Nº 44362/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2007.

varón a no procrear o procrear sin ninguna limitación mientras que el derecho fundamental de las mujeres a no procrear se condiciona a que exista peligro para su vida o para su salud.

Para finalizar, concluimos que tanto el CDH como el TEDH optan por vincular la capacidad de las mujeres para decidir sobre la procreación con el derecho a la salud, la vida o integridad física en lugar de hacerlo con la autonomía personal lo que se traduce en una invisibilización de la autonomía reproductiva de las mujeres, viniéndose de este modo a reproducir las pautas históricas de actuación del Derecho en relación a las mujeres, que ha sido el control y la imposición de la función de reproducción biológica, aunque las formas adoptadas para ello sean más sutiles: la incardinación dentro del derecho a la salud, la vida o integridad física, dar prevalencia a la decisión de no procrear del varón frente a la decisión de procrear de la mujer, y condicionar la decisión de no procrear de la mujer a que exista un riesgo para su vida o salud. De este modo tanto el CDH como el TEDH configuran los derechos reproductivos como derechos sociales, en lugar de pensarlos como derechos de autonomía (Mestre, 2009). Negando la autodeterminación en materia procreativa a las mujeres les estamos negando la cualidad de sujetos autónomos (García Pascual, 2007).

La exposición del tratamiento dado por el CDH y por el TEDH a las violaciones de derechos reproductivos demuestra que obtener un pronunciamiento favorable en casos en los que las mujeres plantean supuestos en donde no existe una experiencia masculina comparable, como sucede en los supuestos de reclamaciones vinculadas con los derechos reproductivos de las mujeres, es más difícil porque superan la estricta aplicación del limitado modelo discriminatorio. En estos casos su resolución se torna más difícil en tanto que las necesidades de los hombres constituyen la norma, y las de las mujeres aparecen como casos particulares o excepcionales (Añón, 2001). Este modo de interpretar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos generales por parte del CDH y del TEDH contiene un *sesgo masculino*, al no reconocer la autonomía reproductiva como experiencia de vida de las mujeres y, de este modo, se está imponiendo un modelo de mujer: la mujer como reproductora biológica de la vida humana, sin capacidad de autonomía.

A continuación veamos el tratamiento que el Comité de la CEDAW da a los derechos reproductivos en un caso de esterilización forzosa.

c) Comité de la CEDAW

En *A.S. c. Hungría*¹¹⁹ (2004) se procedió a la esterilización forzosa de la recurrente, de origen romaní, sin haber obtenido previamente su consentimiento informado. Al llegar al hospital, la autora estaba en unas condiciones de salud muy precarias; se sentía mareada, sangraba más de lo habitual y se encontraba en un estado de conmoción emocional. Durante diecisiete minutos se la preparó para la intervención quirúrgica, firmó la declaración de consentimiento para la cesárea, la esterilización, la transfusión de sangre y la anestesia, y se le practicaron las dos intervenciones: la cesárea para extraer el feto muerto y la esterilización. El Comité recuerda su Recomendación General No. 21, *sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*¹²⁰, en la que se reconoce que frente a prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como la esterilización forzada, a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener “información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia”. El Comité considera que no es posible que en diecisiete minutos el personal del hospital asesorara e informara a la autora sobre la esterilización, las alternativas, sus riesgos y sus ventajas de manera que ella pudiera tomar en forma ponderada y voluntaria la decisión de ser esterilizada. El Estado fue condenado por violación de los siguientes artículos de la CEDAW: artículo 10 h) (acceso a la información y asesoramiento sobre planificación familiar), artículo 12 (derecho al atención médica) y artículo 16.1 e), esto es, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos/as y el intervalo entre los nacimientos. Algunas de las recomendaciones que el Comité emitió, aparte de la oportuna indemnización para la recurrente, fueron tomar medidas para asegurar que todo el

¹¹⁹ Comunicación Nº 4/2004, 12 de febrero de 2004.

¹²⁰ Adoptada en el XIII periodo de sesiones, 1994.

personal competente de los centros sanitarios públicos y privados conociese y aplicase las disposiciones de la CEDAW y sus Recomendaciones relativas a los derechos y la salud reproductiva de las mujeres y revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización.

De este modo el Comité de la CEDAW, a diferencia del CDH, no vincula el derecho a la información y a la atención médica en relación con la planificación familiar a la salud materna, configurando los derechos reproductivos como derechos de autonomía pensando en el ejercicio de la libertad sobre el propio cuerpo como un medio para la igualdad y no como derechos sociales (Mestre, 2009).

Una vez expuesto el tratamiento dado a los derechos reproductivos por el CDH, el TEDH y el Comité de la CEDAW voy a pasar a la exposición de violaciones de derechos sexuales.

2.2 Derechos sexuales

Ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizan este término. Tal vez por este motivo existe un menor consenso sobre la naturaleza y alcance de estos derechos. También hay que tener en cuenta que es más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que los temas de reproducción, aunque ello no debe llevarnos a pensar que los derechos reproductivos no resultan polémicos para la comunidad internacional como lo demuestra el hecho de que la salud y los derechos tanto sexuales como reproductivos quedasen fuera de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en su primera configuración en el año 2000, en donde sólo se incluyeron algunos de los componentes de la salud sexual y reproductiva como la salud materna y combatir el VIH/SIDA. En la llamada *Cumbre ODM + 5* se asumió por los Estados el compromiso de incluir como objetivo “lograr el acceso universal a la salud reproductiva” y reconocer los vínculos de este objetivo con todos y cada uno de los ODM. Posteriormente, en 2007 se incorporó una nueva meta específica sobre salud reproductiva dentro del Objetivo 5 “Mejora de la salud materna” y, pese a que ello supone un avance importante, sigue siendo insuficiente por no hablar de salud sexual sino sólo de salud reproductiva y por dejarse fuera, entre otros, los siguientes temas: acceso a información y métodos anticonceptivos modernos, tasa de abortos inseguros

e información y educación en sexualidad. En definitiva, la salud sexual y reproductiva incomoda a ciertos sectores de la sociedad y a grupos conservadores que se niegan a dialogar sobre ellos desde una perspectiva de derechos humanos universales.

Aunque es frecuente hablar de derechos sexuales y reproductivos como si se tratase de una misma categoría de derechos, es necesario separarlos para no vincular la sexualidad con la reproducción (Villanueva Flores, 2006).

En el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing se señala que: “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”. Villanueva Flores (2006: 400) considera que los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad y que los componentes de la sexualidad que “deben considerarse protegidos son la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital femenina, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la discriminación por opción sexual, entre otros”. En este apartado me voy a centrar en violaciones de derechos sexuales de las mujeres, en concreto en el tratamiento dado a la violación por el TEDH y por el Comité de la CEDAW.

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque el CEDH no hace referencia explícita a la violencia sexual, interpretando dicha Convención como un instrumento vivo¹²¹ (Mowbray, 2005), de conformidad con la realidad social del momento en que se aplica, el objeto y propósito del CEDH, y buscando el modo de lograr su mayor efectividad, cabe afirmar que la prohibición de violencia sexual está implícitamente contenida en el CEDH y se ha impuesto a los Estados una serie de obligaciones positivas para proteger a las mujeres frente a dicha forma de violencia. El CEDH es un buen ejemplo de instrumento internacional de protección de derechos humanos generales en el que, pese a no configurar expresamente la violación como una infracción de un derecho humano en él consagrado, sí entiende que dicha conducta constituye una violación de un derecho humano. Esta práctica debería ser seguida por otros organismos de protección de los derechos humanos generales.

Es necesario analizar qué derechos del Convenio se entienden vulnerados ante un caso de violación y cómo se aborda la violación por parte de un agente estatal y por parte de un agente no estatal. Para ello voy a exponer tres casos en los que el TEDH ha resuelto reclamaciones en las que la demandante había sido violada.

*X e Y c. Holanda*¹²² (1985). Y era una joven psíquicamente discapacitada que fue violada por el hijo del director del centro en donde estaba interna. Como Y no tenía capacidad jurídica para denunciar su violación, lo hizo su padre, pero la fiscalía decidió no iniciar proceso penal alguno por exigir la legislación de Holanda la denuncia personal de la perjudicada. Se interpuso una demanda ante el TEDH alegando una violación del artículo 3 (prohibición de tortura, trato o pena inhumana o degradante), violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y violación del artículo 14 (prohibición de discriminación). El TEDH no analizó la cuestión planteada como una violación del artículo 3 que consagra un derecho absoluto y que, por tanto, no admite derogación alguna, tal y como establece el artículo 15. 2 del CEDH, sino que

¹²¹ *Selmouni c. Francia*, nº 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999, pág. 101

¹²² Nº 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985.

examinó la cuestión como una violación del artículo 8, que consagra un derecho cualificado, esto es, que admite injerencia por parte del Estado *cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros*. El hecho de analizar la pretensión como una violación del artículo 8 y no como una violación del artículo 3 ya supone en sí menores garantías para el reconocimiento de los derechos humanos cuya violación se denuncia. Pese a que el TEDH condenó al Estado por una violación del artículo 8 por no haber promulgado legislación penal que permitiese denunciar el hecho de haber sido violada, no analizó si la violación pudo haber constituido un trato contrario al artículo 3 por no considerarla subsumible en dicho artículo (Radacic, 2008).

Tuvieron que pasar doce años para que el TEDH analizase una reclamación por violación de una mujer bajo el artículo 3 del CEDH en *Aydin c. Turquía*¹²³ (1997). En el presente caso, una mujer de diecisiete años fue violada mientras estuvo detenida en dependencias del Estado por oficiales estatales. El TEDH califica la violación contraria al artículo 3, considerándola tortura por haber sido llevada a cabo por agentes estatales. Aunque esto es un gran progreso por reconocer la gravedad del daño sufrido, hay que tener en cuenta que la violación se produjo por parte de agentes del Estado y en el ámbito público, mientras estuvo detenida en dependencias policiales¹²⁴. El TEDH no se pronunció sobre si la violación *per se* por parte de un agente no estatal también constituía tortura. Los mayores obstáculos para las mujeres en los casos de violación

¹²³ Nº 23178/94, Sentencia de 25 de septiembre de 1997.

¹²⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco ha dudado en calificar la violación como tortura cuando es cometida por agentes estatales como se comprueba en *Inés Fernández- Ortega et al.*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Serie C Nº 215) y en *Valentina Rosendo Cantú*, Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Serie C Nº 216). En ambos casos se califica como tortura la violación de mujeres indígenas, líderes en sus respectivas comunidades, por parte de militares en el Estado de Guerrero, Méjico. En *Maslova y Nalboandow c. Rusia* (Nº 839/02, Sentencia de 24 de enero 2008), más de diez años después de *Aydin c. Turquía* se sigue con el mismo criterio: considerar la violación como tortura si se lleva a cabo por un agente del Estado.

son: 1. que se reconozca una violación de sus derechos humanos cuando la violación se realiza en el ámbito privado por agentes no estatales y 2. la dificultad de reconocer la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos realizadas por individuos (agentes no estatales). Ambos obstáculos son debidos a la aplicación de la dicotomía público/privado ya explicados. Sí constituye un avance el hecho de que el tribunal reconociese la especial posición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres detenidas, reconociendo de este modo la severidad de la violación y la interseccionalidad de la discriminación sufrida por mujeres, jóvenes y detenidas (Crenshaw, 1989).

En *M.C. c. Bulgaria* (2004)¹²⁵ la solicitante, de 14 años de edad, salió una noche y dos chicos que ella conocía la violaron. Reconoció que no se resistió pero mostró su firme voluntad de no querer tener relaciones sexuales. Todas las pruebas practicadas fueron enfocadas a demostrar la ausencia de fuerza física o amenazas por parte de los demandados y la ausencia de resistencia activa por parte de la demandante. La solicitante alegó que el hecho de haber sido violada constituía una violación de los artículos 3, 8 y 13 (derecho a un recurso efectivo). Pese al antecedente de *Aydin c. Turquía*, el TEDH establece que la violación no satisface siempre el umbral para poder ser considerada tortura y, pese a que establece que es contraria al artículo 3, no especifica si se trata de tortura o trato inhumano o degradante¹²⁶. Sin embargo, el simple hecho de reconocer que la violación es contraria al artículo 3 tiene un valor

¹²⁵ Nº 39272/98, Sentencia de 4 de diciembre de 2004.

¹²⁶ Según el TEDH la distinción entre tortura y pena o trato inhumano o degradante es una diferencia de intensidad. El Tribunal ha definido la tortura y la pena o trato inhumano o degradante en *Irlanda c. Reino Unido* (nº 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, pár. 167. El Tribunal ha calificado la tortura como “tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento serio y cruel”. Siguiendo la definición de tortura de la *Convención contra la Tortura y otras formas de tratamiento o penas crueles, inhumanas o degradantes*, el Tribunal ha señalado que también existe en la definición de tortura un elemento intencional al ser infligida, entre otros, con el propósito de obtener información, una confesión o ser impuesta a modo de castigo. La pena o trato inhumano ha sido definida como “intenso sufrimiento mental o físico” y el trato o pena degradante como “trato que genera en la víctima un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar, rebajar y anular la resistencia física y moral de la víctima”. El Tribunal no siempre establece una clara distinción, y en ocasiones califica un trato como “inhumano y degradante” a la vez. En mi opinión ello no contribuye a clarificar la cuestión y coincido con Van Zwaak (2006) cuando afirman que para valorar si un daño constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante habrá que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

simbólico importante al desafiar la idea de que la violencia contra las mujeres es un asunto privado fuera de los márgenes de actuación del DI (Radacci, 2008). El TEDH considera que hubo, tanto un incumplimiento del artículo 3 al violarse la integridad física y psicológica de la mujer, como una violación del derecho a la autonomía personal como un componente del artículo 8 que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

La violencia sexual debería siempre conceptualizarse como una forma de discriminación de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos ya que sólo de ese modo puede reconocerse su naturaleza sistémica (Radacic, 2008). Ninguna de las tres sentencias estudiadas analiza la naturaleza discriminatoria de la violencia sexual que sufren las mujeres como grupo sino que aborda la situación discriminatoria que las recurrentes padecen individualmente (Barrère, 2008, Young, 1994). De este modo la violación se entiende como derivada de una particular acción ofensiva y no de enteras estructuras de poder. En *X e Y c. Holanda* (1985), el TEDH no reconoce la violación como un tipo de violencia contra las mujeres ni la especial vulnerabilidad a ser violada por parte de mujeres discapacitadas que residen en instituciones públicas, no aplicando tampoco el concepto de interseccionalidad; no tuvo en cuenta que la violación en una institución pública podría equipararse a la violación por un agente estatal o a una violación producida por un agente no estatal con la aquiescencia de un funcionario público, tal y como establece la definición de tortura; y no hubo ninguna discusión sobre la seriedad de la violación, su naturaleza endémica o cuál debería ser la efectiva protección para las mujeres con discapacidades. En *Aydin c. Turquía*, el tribunal reconoció únicamente la vulnerabilidad de las mujeres detenidas a ser sometidas a tortura y reconoció la relevancia del sexo y la edad para valorar la severidad de la conducta. En *M.C. c. Bulgaria* tampoco se abordó la violencia sexual como un tipo de violencia contra las mujeres pero sí se reconoce la seriedad de todas las formas de violación y la específica vulnerabilidad de las mujeres jóvenes.

Es igualmente importante analizar el alcance de las obligaciones positivas que tiene el Estado para asegurar una protección eficaz frente a la violencia sexual según

estas sentencias. En *X e Y c. Holanda*, el TEDH declara al Estado responsable de una violación del artículo 8, derecho al respeto a la vida privada y familiar, por no haber promulgado legislación penal que permitiese a una joven psíquicamente discapacitada denunciar el hecho de haber sido violada. En esta sentencia se dispone que un Estado cumple con el objetivo general de respetar un derecho no solo no interfiriendo en su ejercicio (obligación negativa), sino que la obligación de respetar un derecho es más amplia al suponer, además, una obligación positiva de adoptar medidas para evitar la violación de ese derecho¹²⁷.

En *Aydin c. Turquía* la cuestión se centró en dilucidar qué implica el derecho a un recurso efectivo en un caso de violación de una mujer detenida y si la investigación fue efectiva. Aunque el TEDH reconoce que los Estados disponen de un margen de apreciación para configurar el acceso a un remedio efectivo concluyó que, en el presente caso, la investigación llevada a cabo por las autoridades fue inefectiva e incompleta al no haberse adoptado todas las medidas necesarias para comprobar la veracidad de la declaración de la demandada y por tener por objeto los exámenes médicos comprobar si la denunciante había perdido la virginidad en lugar de constatar si había sido violada. Imponer estas obligaciones positivas específicas a los Estados es un paso importante para establecer estándares de efectiva protección en casos de violación e interpretar desde una perspectiva feminista las obligaciones positivas del Estado y de la responsabilidad estatal (Radacic, 2008). Sin embargo, el TEDH dejó de valorar cuestiones importantes como las alegaciones del Estado de que la demandante había denunciado ser violada para justificar la pérdida de su virginidad. Aunque desestimó estas alegaciones podría haberlas valorado poniendo de manifiesto que el comportamiento de la víctima anterior y posterior a la violación es irrelevante, descartando expresamente de este modo todos los mitos existentes en torno a la violación y, en concreto, el intento de culpabilizar a la víctima tan presente ante los delitos de violación (Torrey, 1991, Smart, 1989).

¹²⁷ Un aspecto negativo de esta sentencia es que el requisito de que exista fuerza física como elemento configurador de la violación en la legislación holandesa no fue criticado pese a su incompatibilidad con los estándares de protección frente a la violencia sexual.

En *M.C. c. Bulgaria* la solicitante alegó que la legislación búlgara era inefectiva al dotar de protección a la víctima de violación sólo en los casos en que ésta mostrase resistencia activa en lugar de basarse en la ausencia de consentimiento. Al plantear estos argumentos se basó en el desarrollo experimentado por el DI en relación con el delito de violación, mostrando el cambio experimentado por éste desde un enfoque tradicional que exige resistencia de la víctima a un enfoque de igualdad que penaliza la violación como un ataque a la autonomía individual. El TEDH estableció que un enfoque inflexible como el exigir prueba de resistencia activa implica el riesgo de dejar determinados tipos de violación sin penalizar, dificultando la efectiva protección de la autonomía sexual de la mujer. En esta sentencia el TEDH define a nivel europeo e internacional el delito de violación centrado en la ausencia de consentimiento y la protección de la autonomía sexual (Pitea, 2005). De conformidad con estándares contemporáneos y nuevas tendencias desarrolladas en esta área, las obligaciones positivas de los Estados miembros bajo los artículos 3 y 8 del CEDH deben ser interpretados exigiendo la penalización de cualquier acto sexual no consensual, incluidos aquellos en los que no existe una resistencia activa por parte de la víctima. Es decir, el TEDH sostiene que la resistencia activa no es un elemento configurador de la violación.

Esta sentencia es el resultado y a la vez impone la necesidad de *preguntar por la cuestión de las mujeres* de Bartlett (1990): al valorar la conducta del Estado y el alcance de las obligaciones positivas del Estado, el tribunal se pregunta qué experiencias refleja la ley y cuáles son los efectos de la ley en la protección de la autonomía sexual de las mujeres (Radacic, 2008). El tribunal analiza cuáles son las consecuencias para las mujeres, en particular para mujeres jóvenes, derivadas de penalizar únicamente los casos de violación en el supuesto de que exista resistencia activa. En este sentido, el tribunal toma en serio las experiencias de las mujeres, empezando por presumir la credibilidad de la víctima. Radacic (2008) considera que *M.C. c. Bulgaria* es un fallo histórico desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres al reconocer que la relación sexual puede no ser consensual incluso cuando no hay fuerza o resistencia activa debido a factores conectados con las desigualdades en las relaciones basadas en el género, la edad, discapacidad, etc. Este

enfoque adoptado por el TEDH refleja las relaciones de poder en relación con la libertad y capacidad de las mujeres para tomar elecciones libres.

Además este fallo reconoce que la violación es un tema de derechos humanos aún cuando es cometido por agentes no estatales. El TEDH, dada la naturaleza absoluta del derecho previsto en el artículo 3, siempre ha reconocido a los agentes no estatales como agentes de persecución¹²⁸ que pueden infligir tortura o penas o trato inhumano o degradante, aunque éste es el primer caso en que reconoce la violación cometida por un agente privado como una violación de un derecho humano¹²⁹. Pese que, a diferencia de lo que sucede en *Aydin c. Turquía*, el TEDH no califica la violación como tortura sino como meramente contraria al trato prohibido por el artículo 3, lo importante es que reconoce que la tortura puede también ser infligida por agentes no estatales. En dicha sentencia, el TEDH invoca la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Protección de las Mujeres contra la violencia¹³⁰.

En los tres casos expuestos el TEDH establece una serie de obligaciones positivas que los Estados deben cumplir en casos de violación que constituyen un paso adelante en la protección de los derechos de las mujeres (Londono, 2007): criminalizar y perseguir todas las formas de violación incluidas aquellas en las que no existe fuerza o resistencia activa por parte de las víctimas (incluidas violaciones de mujeres discapacitadas), obligación de garantizar un recurso efectivo a las mujeres víctimas de violación, obligación de llevar a cabo una investigación en los casos de violaciones de mujeres detenidas, incluyendo acceso de la víctima a dichas investigaciones y el derecho de la víctima a ser examinada por profesionales de un modo sensible. Sin negar el extraordinario avance que suponen para un mayor reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos por la imposición a

¹²⁸ Salah Sheek c. Holanda, pár. 147.

¹²⁹ Para un análisis detallado de esta sentencia ver PITEA, C. (2005): "Rape as a Human Rights Violation and a Criminal offence: The European Court's Judgement in *M. C. v. Bulgaria*", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, pp. 447 – 462.

¹³⁰ Recomendación (2002) 5, de 30 de abril de 2002.

los Estados de obligaciones positivas para evitar dicha violencia, los retos que el TEDH todavía tiene pendientes en relación a la violación son varios:

1. superar la dicotomía público/privado y valorar el nivel de severidad y gravedad de la violación para configurarla como tortura cuando quien viola es un agente no estatal. El TEDH es reticente a considerar la violación como tortura si se produce por parte de agentes no estatales. En este caso, o bien analiza la violación como un incumplimiento del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) o bien analiza la violación bajo el artículo 3 del CEDH, y declara la violación contraria a dicho artículo sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante;
2. conceptualizar la violación como una forma de discriminación por razón de sexo ya que afrontar la violación en términos estrictamente individuales invisibiliza su naturaleza sistémica (Barrère, 2008). Young (1990) sostiene que lo que hace de la violencia una injusticia es su carácter sistémico, el contexto social que la hace posible y el hecho de que se dirige a unas personas determinadas por el hecho de pertenecer a un grupo determinado. Sólo cuando la naturaleza discriminatoria de la violación y el rol del Estado en su mantenimiento sean reconocidos podrá abordarse el tema de un modo correcto y proteger realmente la igualdad y autonomía de las mujeres.

Una vez abordado el tratamiento dado por el TEDH a la violación paso a analizar la configuración de dicho tipo de violencia contra las mujeres por parte del Comité de la CEDAW.

b) Comité de la CEDAW.

En *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*¹³¹ (2010) la solicitante, Directora Ejecutiva de la Cámara de Comercio de Filipinas, fue violada por el Presidente de dicha institución tras aceptar que éste la llevase a su casa tras una reunión de trabajo. El acusado condujo a la solicitante hasta un motel en donde la encerró y la violó. Tras violarla la

¹³¹ Comunicación Nº 18/2008. Decisión de 16 de julio de 2010.

condujo hasta su casa pidiéndole que se calmara. Durante el juicio el tribunal cuestionó la credibilidad del testimonio de la demandante. La jueza estimó que la demandante tuvo oportunidades de escapar que no utilizó y que si hubiera presentado verdadera resistencia, el acusado, un hombre de 60 años, no habría podido continuar con la violación y eyacular. El acusado fue absuelto en un fallo dictado tras ocho años. El Comité encontró al Estado de Filipinas responsable por incumplir con las obligaciones contenidas en los artículos 2 (c) (f) y 5 (a) en relación con el art. 1 de la Convención y la Recomendación General No. 19 del Comité *sobre la violencia contra la mujer*, por lo que realiza una serie de recomendaciones al Estado.

En relación con el art. 2 (c) de la Convención, el Comité afirma que el derecho a obtener un remedio efectivo se encuentra implícito en este artículo y que, en los casos sobre violación y violencia sexual, los recursos son efectivos cuando las denuncias son considerados de forma justa, imparcial y expeditiva.

Resaltó que conforme al art. 2 (f) y 5 (a), los Estados partes están obligados a tomar medidas apropiadas para modificar y abolir no sólo las leyes y regulaciones existentes sino también las costumbres y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer. En este sentido, el Comité sostuvo que los estereotipos afectan negativamente al derecho de las mujeres a un juicio justo por lo que la judicatura debe tener cuidado de no crear estándares inflexibles acerca de lo que las mujeres y las niñas deben ser, o respecto de cómo deben actuar cuando se enfrentan a una violación sexual.

En cuanto a la definición de violación, el Comité recordó que ha reiterado en numerosas ocasiones que la violación sexual vulnera el derecho de las mujeres a su seguridad e integridad personal y que su elemento esencial es la falta de consentimiento.

En esta decisión el Comité de la CEDAW, define a nivel europeo e internacional el delito de violación centrado en la ausencia de consentimiento y la protección de la autonomía sexual, tal y como hizo el TEDH en *M.C. c. Turquía*. A diferencia del TEDH, el Comité de la CEDAW aborda la violación como una forma de discriminación de las mujeres visibilizando su naturaleza sistémica.

Aquí finalizo con la exposición de casos de violación como una violación de derechos sexuales abordados por el TEDH y el Comité de la CEDAW. Ahora paso a exponer el tratamiento dado a supuestos de mutilación genital femenina por parte del TEDH y tratamiento dado a la violencia machista en pareja por parte del TEDH y el Comité de la CEDAW.

2.3 Violencia contra las mujeres

Dentro de esta apartado voy a analizar el tratamiento dado por el TEDH a la MGF y el tratamiento dado por el TEDH y por el Comité de la CEDAW a la violencia machista en pareja.

2.3.1 Mutilación Genital Femenina

El TEDH ha reconocido que la mutilación genital femenina (MGF) es un trato contrario al artículo 3 en todas las ocasiones que ha abordado dicho tema, no existiendo ninguna referencia al artículo 8, a diferencia de lo que sucede con la violación. Sin embargo sigue con la misma indefinición y no precisa si considera dicho trato como tortura o como trato cruel, inhumano o degradante. Hay que tener en cuenta que, en realidad, el TEDH no ha abordado esta cuestión a fondo nunca, ya que los casos en que ha calificado la MGF como contraria al artículo 3 (*Collins y otra c. Suecia, Agbotain y otra c. Suecia y Lunguli c. Suecia*), todos casos relacionados con la expulsión de mujeres solicitantes de asilo, nacionales de Nigeria y Tanzania, en países del Consejo de Europa, han sido posteriormente inadmitidos a trámite: en el primer caso la demanda se declaró inadmisibile por falta de credibilidad de la demandante y, los otros dos casos se archivaron por haber concedido el Estado demandado permiso de residencia a las recurrentes. En cuanto a esta mayor uniformidad que el TEDH muestra al calificar la MGF como contraria al artículo 3, a diferencia de lo que sucede con la violación y la violencia machista en pareja (como ahora veremos), casos en los que el TEDH ha fluctuado entre el artículo 3 y el artículo 8, es debido a que la MGF es considerada como un daño exótico, asociado con culturas no occidentales y “retrasadas”, que no es sufrido por mujeres occidentales. Existen menos reticencias a considerar dicha conducta como contraria al artículo 3 porque es sufrida por un menor

número de mujeres, mujeres procedentes de un determinado contexto cultural. Otra cosa diferente es calificar como contrarias al artículo 3 conductas como la violación y la violencia machista en pareja que se producen en todas las sociedades, incluso en el Primer Mundo y cometidas por varones occidentales.

En *Collins y otra c. Suecia*¹³² (2007) el TEDH calificó a dicho tipo de violencia como contraria al artículo 3, sin especificar si la misma puede ser considerada como tortura. En otros dos casos similares, *Agbotain y otra c. Suecia*¹³³ y *Lunguli c. Suecia*¹³⁴, el TEDH acordó una medida cautelar para suspender la expulsión de las recurrentes a sus respectivos países de origen por considerar que existía un peligro de ser sometidas a trato prohibido por el artículo 3 del CEDH.

2.3.2 Violencia machista en pareja

Abordaré en primer el lugar el tratamiento dado a la violencia machista en pareja por parte del TEDH y posteriormente el tratamiento dado a dicho tipo de violencia por parte del Comité de la CEDAW.

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Respecto al tratamiento dado por el TEDH a la violencia machista en pareja, si bien se han producido avances de gran importancia en cuanto al reconocimiento de obligaciones positivas a cargo del Estado para eliminar la violencia contra las mujeres, sigue una línea similar a la violación, con la excepción de que, al producirse la violencia

¹³² Decisión de 8 de marzo de 2007. 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 la MGF, en caso de ser expulsadas. Posteriormente tuvo otra hija quien sufría el mismo riesgo.

¹³³ Decisión de 1 de febrero de 2007. 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.

¹³⁴ Decisión de 1 de julio de 2003. 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.

machista en pareja siempre por agentes no estatales, a diferencia de lo que sucede con la violación que puede producirse tanto por agentes estatales como no estatales, nunca ha sido calificada como tortura. Así pues, los casos de violencia machista en pareja han sido considerados como contrarios al artículo 8 del CEDH, o como contrarios al artículo 3, pero como trato inhumano o degradante, y no como tortura. Lo que viene a confirmar la reticencia del TEDH a considerar la violencia contra las mujeres como tortura.

En *Bevacqua y S. c. Bulgaria*¹³⁵ (2008) la recurrente había sido maltratada por su esposo y el Estado no intervino justificando su falta de intervención en el derecho al respeto a la vida privada del esposo (artículo 8 del CEDH). El TEDH hizo un balance entre el derecho al respeto a la vida privada y el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de todo tipo de violencia, estimando violado el derecho de la mujer al respeto a su vida privada y familiar, por considerar que dicho artículo no sólo contempla una obligación negativa que exige al Estado evitar una actividad invasiva en la esfera privada de los individuos, sino que también implica una obligación positiva a cargo de los Estados de ofrecer protección frente a los actos de violencia por parte de agentes no estatales.

En *Opuz c. Turquía*¹³⁶ (2009) la recurrente y su madre fueron víctimas de violencia machista, situación que acabó con el asesinato de la madre a manos de la pareja de su hija. El TEDH declaró la específica obligación de los Estados de actuar para prevenir la violencia contra las mujeres y consideró a Turquía responsable por no cumplir con sus obligaciones de proteger a las recurrentes de la violencia machista que sufrían. El TEDH calificó la violencia machista sufrida por la recurrente y su madre como trato contrario al artículo 3, trato cruel, inhumano o degradante, pero no como tortura¹³⁷. Poco más de un año después de *Opuz c. Turquía*, en *A c. Croacia*¹³⁸ (2010),

¹³⁵ Nº 71127/01. Sentencia de 12 de junio de 2008.

¹³⁶ Nº 33401/02. Sentencia de 9 de junio de 2009.

¹³⁷ Ya en 1995, en *Mezher c. Suecia* (Nº 25849/94, Decisión de 6 de julio de 1995), el TEDH adoptó una medida cautelar para suspender la expulsión de una mujer nacional de Líbano que alegaba que, en caso de ser expulsada, sufriría arresto domiciliario y maltrato por parte de la familia de su esposo, por considerar que dicho trato podría ser contrario al artículo 3 del CEDH por constituir un trato cruel,

aunque el TEDH reconoció de nuevo las obligaciones que los Estados tienen de adoptar todas las medidas necesarias para proteger a las mujeres de la violencia machista en pareja, perdió la oportunidad para profundizar en el análisis de este tipo de violencia bajo el artículo 3 del CEDH (Hughes, 2011) y eligió analizar el caso de nuevo bajo el artículo 8 del CEDH.

Por lo tanto, uno de los retos pendientes del TEDH en cuanto al tratamiento dispensado a la violencia machista en pareja es reconocer la gravedad de estos daños y considerarlos contrarios al artículo 3 como tortura, o por lo menos, reconocerlos siempre contrarios al artículo 3 aún cuando sea considerándolos como trato cruel, inhumano o degradante, superando la tendencia de analizar los mismos como violaciones del artículo 8. Considerar los daños específicos que sufren las mujeres como tortura y no como un trato o pena inhumano o degradante o como una violación del artículo 8, derecho al respeto a la vida privada y familiar, es importante por ser una estrategia para eliminar la violencia contra las mujeres considerando la prohibición de violencia como una norma de *ius cogens* y definir los actos de violencia contra las mujeres como tortura dentro del marco de la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos, junto con la estrategia prevista en la CEDAW y DEVAW de configurar la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación.

La doctrina del *ius cogens* dentro del DI afirma la existencia de normas legales fundamentales respecto de las que no se admite derogación. Una definición formal de *ius cogens* se encuentra en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969. Dicho artículo dispone que: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite

inhumano o degradante, pero no tortura, aunque posteriormente, inadmitió dicha demanda a trámite por considerar que dicho peligro no existía.

¹³⁸ Nº 55164/08. Sentencia de 14 de octubre de 2010.

acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La mayor parte de los apoyos para la introducción del concepto de *ius cogens* en la *Convención Viena sobre el Derecho de los Tratados* fueron prestados por países socialistas y países del Tercer Mundo quienes vieron en el concepto de *ius cogens* una protección frente a la absoluta aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Algunos autores han criticado la teoría del *ius cogens* precisamente por su carácter imperativo, ya que esta característica no encaja bien dentro del DI tradicional basado en normas que el Estado soberano previamente ha aceptado. Según estas críticas el *ius cogens* obliga a los Estados a aceptar la supernormatividad de unas normas que quizá no estaban dispuestos a admitir ni siquiera como normas ordinarias (Weil, 1983). Los defensores de este concepto sostienen que está basado en el interés colectivo internacional y no en el interés individual nacional. Quienes sostenían la primera postura partían de una teoría clásica o positivista del DI basada en la soberanía del Estado, entendiendo ésta como un poder absoluto e ilimitado, sin tener en cuenta que el DIDH rebaja determinados aspectos fundacionales del DI al establecer la supremacía de los derechos humanos a la voluntad de los Estados, para dotar de una mayor efectividad al sistema de protección de los derechos humanos. En este sentido coincido con García Roca (2007) cuando afirma que “una soberanía irrestrictiva” no existe y que los derechos humanos reconocidos internacionalmente son un límite indudable a la soberanía estatal (Benhabib, 2004).

El artículo 53 junto con el 64 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados* que establece que “ante cualquier nueva norma de derecho internacional general (*ius cogens*), un tratado que esté en oposición a dicha norma se convertirá en nulo y terminará”, son los dos artículos más polémicos de dicha Convención.

Dentro del catálogo de derechos que constituyen *ius cogens* se incluyen normas de indudable seriedad: genocidio, esclavitud (incluido el matrimonio forzoso)¹³⁹,

¹³⁹ Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956.

asesinato, desapariciones, tortura, detención arbitraria y discriminación racial sistemática. Los silencios de esta lista (Charlesworth et. al, 1993) demuestran que las experiencias de las mujeres no se han tenido en cuenta ya que, mientras que sí aparece la discriminación racial, no aparece la discriminación por razón de sexo pese a que este tipo de discriminación está mucho más extendida que la discriminación racial.

Tanto hombres como mujeres sufren violaciones de derechos considerados *ius cogens*, sin embargo la forma en que se han construido esas normas invisibiliza el daño que normalmente se hace a las mujeres. El *ius cogens* se ha desarrollado privilegiando las experiencias de los hombres sobre la de las mujeres y ha facilitado una protección a los hombres que no está disponible para las mujeres. Si las mujeres contribuyeran a definir los valores fundamentales internacionales, el concepto de *ius cogens* podría transformarse de un modo radical (Charlesworth et al., 1993). La prohibición de tortura es una norma de *ius cogens* que, además, viene recogida en varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: no sólo en la *Convención contra la tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, sino también en el artículo 7 del PIDCP y el artículo 3 del CEDH. La prohibición de tortura, como toda norma de *ius cogens*, es una norma imperativa absoluta que no admite ningún tipo de derogación. Así se establece por ejemplo en el artículo 15 del CEDH y en la Convención contra la Tortura, artículo 2.2¹⁴⁰. En el artículo 1 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* se define la tortura como

[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando

¹⁴⁰ En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como Estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Aunque tradicionalmente se ha interpretado que esta definición circunscribe la tortura al ámbito público al exigir que ésta sea perpetrada por funcionario público, la Convención contra la Tortura también establece que la tortura puede ser llevada a cabo por funcionario público “u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, lo que permite subsumir la violencia contra las mujeres dentro del concepto de tortura. Aunque muchas mujeres son víctimas de tortura en el ámbito público, la mayor parte de violencia contra las mujeres sucede en la esfera privada no gubernamental (Villanueva Flores, 2006), en la esfera privada del hogar y dentro de la familia, lo que constituye un obstáculo para poder subsumir los daños sufridos por las mujeres dentro de la definición de tortura. Copelon (1994a, 1994b) mantiene que la violencia contra las mujeres debe ser entendida como tortura y analiza un caso de violencia machista en pareja, la historia de Jim y Molly, para demostrar que la violencia machista en pareja cumple con todos los requisitos para ser considerada tortura. Prefiere centrarse en la violencia machista en pareja y no en otras formas de violencia contra las mujeres percibidas como menos usuales por las sociedades occidentales (MGF, crímenes por la dote, etc.) porque considera que la violencia machista en pareja es la forma de violencia más universal. Estima que, una vez demostrado como la violencia machista en pareja es una forma de tortura, este mismo razonamiento puede ser aplicado a otras formas de violencia contra las mujeres. Veamos la historia de Jim y Molly para acto seguido analizar cómo se cumplen con los cuatro elementos definitorios de la tortura: a) infligir un daño o sufrimiento físico o psíquico severo, b) intencionalidad, c) un propósito específico y d) un determinado grado de implicación oficial o quasi-oficial, ya sea activo o pasivo.

Historia de Jim y Molly: Durante el primer año de convivencia Molly y Jim cambiaron de casa y ciudad en tres ocasiones, de modo que Molly se sentía cada vez más aislada. Jim no permitía a Molly salir sola y le prohibió abrir las persianas y hablar con sus vecinas. Una noche en un bar, el camarero entabló conversación con Molly y

Jim le acusó de tener un *affaire* con su mujer amenazándole con matarle. Tras salir del bar, en la furgoneta, Jim cogió a Molly por el pelo y le golpeó la cabeza contra el salpicadero. Un policía presenció los hechos y Jim fue encarcelado por ir borracho. Molly pensó en dejarle pero él la amenazó con matar a su familia si le dejaba. Molly sospechaba que podía estar embarazada y no sabía a dónde ir, además amaba a Jim y pensaba que él cambiaría, que todo era debido al alcohol. Al poco tiempo el maltrato físico se producía todos los meses. En ocasiones Jim, tras golpear a Molly, decía que lo sentía y la obsequiaba con regalos. En una ocasión Jim golpeó fuertemente a Molly y como consecuencia, ésta abortó. Las esperanzas de Molly de que Jim cambiara fueron desapareciendo aunque no le dejó por temor a que él cumpliera con las amenazas de matar a su familia. Empezó a no salir de casa y a sentir mareos y dolores de cabeza.

En 1982 Jim empezó a beber cada vez más y acusaba a Molly de tener relaciones con otros hombres. Insistía en tener relaciones sexuales todas las noches con un alto grado de violencia. El cuerpo de Molly estaba lleno de moratones y marcas de mordiscos. Jim incluso le exigía sexo después de golpearla. Molly vivía con el temor constante de enfadar a Jim pero no había nada que pudiera hacer para no enfadarle. Cuando unos meses más tarde Molly tuvo un hijo, Jim empezó a maltratar también al bebé. Le amenazaba con quitarle el bebé si ella le abandonaba. Le decía que no la amaba, que ella no era suficientemente buena para él, mientras la amenazaba con una pistola. Jim empezó a salir con otras mujeres más jóvenes y se lo hacía saber a Molly. Decía que el motivo por el que la violaba era por su edad, por no ser virgen y, por tanto, merecer ser violada. Molly empezó a planificar su escapada. Convenció a Jim de que la dejara trabajar en casa planchando para otras personas, y así empezó a esconder algún dinero del que ganaba. En 1983 Molly cayó en una profunda depresión. Jim dejó de trabajar, le prohibió seguir trabajando, se gastó todos sus ahorros y vendió todas las pertenencias que Molly tenía de antes de casarse, incluidos todos los recuerdos que ésta conservaba de su familia. Molly apenas hablaba, no tenía fuerzas, lo que enfadaba a Jim, motivo por el que éste no cesaba de amenazarla con un rifle hasta forzarla a hablar y reír. Molly se prometió a sí misma abandonarle cuando su hijo fuese un poco más mayor. Un día Jim, al volver a casa, sorprendió a Molly hablando con una vecina en el jardín. Empezó a golpearla fuertemente con los

puños, empujarla contra las paredes, lanzándole todo tipo de objetos, golpeándola contra el suelo. Acto seguido la arrastró hasta el comedor y la obligó a quitarse la ropa. Quemó su ropa junto con toda la que ésta tenía en el armario diciendo que no iba a necesitarla puesto que era una puta. Siguió golpeándola, dándole patadas en la espalda y piernas, agarrándola por el pelo, chillándole por haberla encontrado en el jardín hablando con una vecina. Molly pensaba que esta vez iba a morir y rezaba para que todo acabase cuanto antes. Tras una hora, Jim se calmó y Molly se dirigió al baño a limpiarse, tratando de dejar de temblar. Jim se encolerizó de nuevo acusándola de que estaba intentando esconder algo en el baño: la prueba de su infidelidad. La empujó contra el lavabo y la violó analmente, mientras golpeaba su cara contra el espejo. Molly empezó a vomitar pero Jim siguió violándola. Tras haberla penetrado analmente, cogió unas tijeras y le cortó el pelo, diciéndole que así nadie la iba a querer. Al día siguiente Jim le dijo a Molly que ésta no iba a salir jamás de casa. Molly sangraba, vomitaba, estaba llena de moratones y no podía caminar. Nada de esto preocupaba a Jim. Molly estuvo enferma durante meses. Jim tuvo un accidente con su camión, arruinó su negocio y culpabilizó a Molly de todos sus males. Le impedía dormir arrojándole café caliente si ésta se dormía. Todas las noches la violaba. Si Jim había bebido, la violaba durante horas hasta que conseguía tener un orgasmo. Mientras la violaba la amenazaba con un cuchillo o una hoja de afeitar. Molly se concentraba escuchando su propia respiración y esperando a que todo acabara. Dejó de pensar que algún día podía escapar con su hijo.

Siguiendo con Copelon (1994a, 1994b), a continuación paso a examinar los cuatro elementos integrantes de la definición de tortura que he señalado más arriba.

a. Infligir un daño o sufrimiento físico o psíquico severo

La noción clásica de tortura se centra en la producción de un daño físico severo. Sin embargo, centrarse exclusivamente en el daño físico como un requisito *sine qua non* de la tortura invisibiliza el objetivo esencial de la misma, cual es anular la voluntad del sujeto torturado y causar terror. Invisibiliza la relación entre actos de violencia y un contexto más amplio de tortura, entre daño físico y estrés mental, entre integridad mental y dignidad humana y que el daño que se causa al cuerpo, no sólo está motivado

por sadismo sino para conseguir el objetivo de debilitar la mente y espíritu de la persona torturada.

Infligir un daño físico es común en la práctica de la tortura oficial y las formas más comunes de tortura física se llevan a cabo sin un equipamiento especial: golpes, patadas y daño producido con objetos ordinarios como varas, cuchillos o cigarrillos. Molly es amenazada con un cuchillo, una cuchilla de afeitar, etc. Para las mujeres el abuso sexual, la violación y la introducción de objetos o animales dentro de la vagina, son formas de tortura comunes. La violencia sexual contra las mujeres también puede tomar la forma de amenazas de violación, ser forzada a desnudarse, a realizar actos de naturaleza sexual como sexo anal u oral, etc. Molly era continuamente violada por Jim y obligada a realizar sexo anal. La violencia machista en pareja, al igual que la tortura, implica un determinado grado de brutalidad física que normalmente aumenta con el paso del tiempo. A su vez los métodos utilizados en ambos casos, violencia machista en pareja y tortura oficial, son similares: golpes, patadas, estrangulamiento, apuñalamiento, ahogamiento, violación, desfiguramiento físico, aborto, mutilaciones de pechos o genitales, o incluso muerte. Molly abortó como consecuencia de las agresiones por parte de Jim. Las consecuencias incluyen tanto daño y sufrimiento físico como psíquico. El componente psicológico de la tortura consiste en la angustia, humillación, debilitamiento y miedo causado por brutalidad física, violación, abuso sexual, abuso y maltrato de hijos e hijas, o por la amenaza de causar un daño físico o incluso la muerte a éstos/as y otros familiares, como sucede en el caso de Jim y Molly; o por medio de métodos de privación sensorial, estrés y manipulación con la intención de anular la voluntad de la personas torturada.

Entre las formas más insidiosas de tortura están aquellas que no implican una brutalidad abierta y que, ello no obstante, provoca angustia y desintegración del yo. Esto se consigue por ejemplo, utilizando técnicas como forzar a personas presas a permanecer de pie durante periodos prolongados de tiempo, lo que les provoca agonía sin directamente infligirles ningún daño. Estos daños no sólo no dejan marcas sino que crean en la persona torturada la impresión de que el daño es auto-infligido; los métodos de privación sensorial que crean ansiedad y desorientación incluyen la

continua exposición a ruido, el ser encapuchado, ser sometido a una alternancia de oscuridad y luz cegadora, privación de sueño, comida o agua. Si Molly se dormía, Jim le echaba café caliente encima. La pérdida del control sobre las funciones corporales, el forzar a una persona a desnudarse o a presenciar a otras personas desnudas, especialmente a mujeres, degradadas como objetos sexuales y temiendo ser abusadas sexualmente, son técnicas de tortura utilizadas no solo para aterrorizar a la persona torturada sino también para humillar y destruir toda sensación de autonomía. Algunos métodos utilizados están basados en un solo componente psicológico: amenazas de muerte, de mutilar, de torturar a la persona, a sus familiares o amistades. Con las mujeres, las amenazas de causar un daño a sus hijos/as y familiares, maltratar o abusar sexualmente a la mujer delante de los niños y niñas, así como obligar a una mujer a oír o ver cómo otra mujer está siendo violada, son métodos de tortura muy efectivos. Jim amenazaba a Molly con matar a su familia y con quitarle al hijo si le abandonaba.

Otros métodos de tortura más sutiles utilizados para anular la voluntad de las personas presas son el aislamiento o castigos arbitrarios e impredecibles alternados con recompensas intermitentes. Jim prohibió a Molly relacionarse con otras personas, salir de casa y hablar con sus vecinas. En algunas ocasiones, tras golpearla, le pedía perdón y le hacía regalos. La alternancia entre brutalidad activa y pasiva con amabilidad es uno de los medios más efectivos para socavar el odio del prisionero por su torturador y convertirlo en salvador. Todos estos métodos diseñados para acabar con la fortaleza de la persona torturada subrayan la importancia del componente psicológico de la tortura: tortura es un contexto o proceso de dominación y no simplemente, o ni siquiera necesariamente, un conjunto de actos crueles y salvajes.

Aquellos que maltratan a las mujeres manipulan y provocan estrés en la misma forma que los torturadores oficiales. Como muestra la historia de Jim y Molly las mujeres son aisladas de sus familiares y amistades, sometiéndolas a una especie de arresto domiciliario, se las insulta y se las degrada al abusar de ellas sexualmente. La vida de sus seres queridos es amenazada. Al principio del ciclo de la violencia machista en pareja, las mujeres reciben disculpas, promesas y muestras de arrepentimiento,

bondad y cuidados por parte de sus torturadores. Pese a ello, el hecho de que el más pequeño detalle pueda provocar un ataque de violencia contra ellas, las mantiene en un Estado de terror continuo. Molly tenía miedo de hacer enfadar a Jim pero no sabía qué hacer para no enfadarle. Para muchas mujeres el miedo psicológico es la peor parte del maltrato. Muchas mujeres maltratadas pueden sufrir el mismo tipo de estrés postraumático sufrido por las víctimas de tortura oficial.

La evolución de la definición de tortura refleja un creciente reconocimiento de la inseparabilidad del elemento físico y psíquico de la tortura, incluso que éste último componente es suficiente para definir un trato como tortura. Molly estaba profundamente deprimida por la violencia infligida por su pareja. La *Convención contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes*, reconoce que el daño que se inflige, puede ser tanto físico como mental. Y la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*¹⁴¹ va más allá al incluir dentro del concepto de tortura *la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*.

Para poder considerar la violencia machista en pareja como tortura, la distinción entre cuerpo y mente no debe ser un impedimento dada la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que conlleva así como la erosión de dicha distinción en el DI. Frente a aquellos que sostienen que equiparar la violencia machista en pareja a tortura diluye el concepto de tortura, el movimiento global de mujeres contra la violencia contra las mujeres lucha por conseguir una mayor consonancia entre los estándares legales internacionales de la tortura y el daño experimentado tanto en el contexto oficial como en el privado.

b. Intencionalidad

¹⁴¹ OEA N° 67, de 12 de septiembre de 1985.

Para que un daño constituya tortura debe ser infligido intencionadamente lo que conlleva la culpabilidad del agresor. En relación con la violencia machista en pareja es comúnmente argumentado que los hombres que maltratan a sus parejas no actúan de manera intencionada sino por impulso, por pérdida del control. Sin embargo en este contexto, aunque los hombres actúen de un modo no premeditado, siempre lo hacen con un propósito cual es mantener un *status quo* determinado, la subordinación de las mujeres. Hombres que maltratan a sus parejas, aparentemente por una pérdida de control, muestran un excelente control en otras áreas de sus vidas. La afirmación de que el alcohol causa violencia no debe tampoco utilizarse como defensa ya que invisibiliza el hecho de que muchos hombres maltratan a sus parejas sin estar borrachos o que muchos hombres se emborrachan y no maltratan a las mujeres. Molly era maltratada tanto si Jim bebía como si no.

Tanto respecto de la violencia machista en pareja como de la tortura oficial, la premeditación no es necesaria y la pérdida de control no exime de culpabilidad. Centrarse en la intencionalidad del torturador invisibiliza la severidad del daño infligido perdonando al torturador en lugar de reconocer a la víctima. Definir la violencia machista en pareja como un simple impulso masculino para desahogarse refleja la despolitización de la violencia contra las mujeres. Esta perspectiva que concibe la violencia machista en pareja como un simple problema personal o familiar invisibiliza la dinámica de dominación y subordinación que subyace en la violencia machista en pareja.

c. Propósito específico

Según la definición de tortura de la que partimos, para que un daño pueda ser considerado como tal, es necesario que tenga un propósito específico: obtener información o una confesión, castigar a la persona torturada por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Jim golpea a Molly porque sospecha que tiene un *affair* con el camarero, que ha guardado algo en el baño, por hablar con la vecina, etc.

Quienes sostienen que la violencia machista en pareja y la tortura no son equiparables afirman que en la segunda es esencial el propósito específico de obtener información o una confesión, y que este propósito no existe en relación con la violencia machista en pareja. Sin embargo tanto la tortura como la violencia machista en pareja es tanto física como verbal y la segunda también tiene sus preguntas típicas: ¿Dónde has estado?, ¿Con quién estabas?, ¿Qué quiere decir que quieres ir a trabajar?, ¿Por qué está frío el café o la cena?, ¿Por qué la casa está hecha un desastre?

El objetivo de todas estas preguntas no es obtener la verdad o información sino provocar miedo, humillación y sumisión. En realidad la confesión es a la tortura lo que las explicaciones, justificaciones, disculpas y ruegos es a la violencia machista en pareja. En ambos contextos, ya sea de manera deliberada o involuntaria, la persona torturada “confiesa” con el propósito de poner fin o evitar el dolor, proteger a otras personas o satisfacer al agresor. En ambos casos la confesión es una prueba de sumisión, de empoderamiento del agresor y de humillación de la víctima. El interrogatorio no es un elemento necesario para que exista violencia machista en pareja pero es común que se dé en este contexto y su propósito, al igual que en el caso de tortura, no es obtener la verdad sino ejercer el poder.

d. Un determinado grado de implicación oficial o quasi-oficial, ya sea activo o pasivo

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el PIDCP y el CEDH utilizan el mismo lenguaje para prohibir la tortura: *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Esta prohibición de tortura no está redactada como libertad de no sufrir tortura infligida por el Estado, sino como un derecho positivo a no sufrir tortura, sea cual sea y provenga de donde provenga el tipo de violencia que se utilice.

Aunque cuando se redactó tanto la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes* como la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* no se estaba pensando en la violencia contra las mujeres, si que se planteó la posibilidad de englobar la violencia privada que nada

tenía que ver con la dimanante del Estado. Por este motivo, en ambas convenciones, se amplía la implicación del Estado para incluir tanto la complicidad activa como pasiva del Estado en el ejercicio de la violencia privada. Así pues la *Convención de Naciones Unidas contra la tortura* admite implícitamente que ésta pueda ser infligida por una persona distinta de funcionario público con el consentimiento o aquiescencia de éste. Y la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* establece que serán responsables del delito de tortura no sólo los funcionarios públicos sino también *las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.*

La tortura constituye un sistema alternativo de castigo extralegal, fuera del sistema de justicia y aunque es un sistema oficial en el sentido de que es llevada a cabo por, o a instigación de agentes estatales, no está ni autorizada ni regulada por la ley. Este castigo no tiene vinculación alguna con cuestiones de culpabilidad o inocencia y normalmente la tortura es negada por el Estado.

La violencia machista en pareja, al igual que la tortura, también supone un castigo extralegal, opera como un sistema paralelo de control social distinto del sistema legal formal. La familia, moldeada por la ideología patriarcal, lejos de ser “la más pequeñas de las democracias”, normalmente es un lugar de control social directo de las mujeres y los niños y niñas, no regulado y violento. La violencia machista en pareja es producida y legitimada por la ideología patriarcal y por la desigualdad entre hombres y mujeres. Esa ideología patriarcal crea en los hombres la creencia de tener derecho, o incluso la obligación, de castigar a sus esposas. Por lo tanto, el maltrato de las mujeres por parte de los hombres no es un acto aberrante individual y aislado sino un permiso social, una obligación o símbolo de masculinidad profundamente arraigado en la cultura, ampliamente practicada, negada y exenta de sanción. La violencia machista en pareja es infligida a las mujeres en su posición de esposas por su real o presumida incapacidad de desempeñar adecuadamente su rol, por su incapacidad de ser servil, en definitiva por desafiar las estructuras de poder patriarcales. Y el castigo es el maltrato físico o psíquico.

Con lo expuesto anteriormente he puesto de manifiesto cómo la violencia machista en pareja puede ser considerada tortura si interpretamos los instrumentos internacionales que regulan la tortura utilizando métodos feministas y teniendo en cuenta las experiencias de las mujeres y las relaciones de género como relaciones de poder. Si el TEDH fuese permeable a estos argumentos no mostraría tanta reticencia a reconocer la violencia machista en pareja como tortura.

Configurar el daño específico que sufren las mujeres como contrario al artículo 3, aunque no sea como tortura, es importante con el fin de lograr un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y, en concreto, para facilitar que las mujeres necesitadas de protección internacional les sea reconocida dicha necesidad por cuanto experimentar trato contrario al artículo 3 es uno de los supuestos previstos, tanto en la legislación europea como en la legislación española de asilo para que una mujer pueda ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria. Estatuto al que no podrá acceder si las violaciones de los derechos de las mujeres se incardinan dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH. Una jurisprudencia del TEDH que califique los daños específicos que sufren las mujeres como tortura puede ayudar a interpretar la legislación de asilo de un modo más amplio e incluyente que reconozca las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo.

Pasemos ahora al tratamiento dado por el Comité de la CEDAW a casos de violencia machista en pareja.

b) Comité de la CEDAW

El Comité de la CEDAW, siguiendo con la estrategia de eliminar la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación, se ha ocupado en varias ocasiones de casos de violencia machista en pareja: *Sahide Groekee c. Austria*¹⁴², *A.T. c. Hungría*¹⁴³, *Fatma Yildirim c. Austria*¹⁴⁴, *V.K c. Bulgaria*¹⁴⁵ y *Jallow c. Bulgaria*¹⁴⁶.

¹⁴² Comunicación Nº 5/2005 de 21 de julio de 2004.

¹⁴³ Comunicación Nº 2/2003, de 26 de enero de 2005.

¹⁴⁴ Comunicación Nº 6/2005, de 1 de octubre de 2007.

¹⁴⁵ Comunicación Nº 20/2008, de 15 de octubre de 2007.

En los tres primeros casos el Comité empieza recordando la Recomendación General Nº 19 *sobre la violencia contra la mujer* afirmando que: 1. en la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo; 2. la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no y 3. la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre sino que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización.

En *Sahide Groekee c. Austria* (2004) la víctima vivió amenazada durante el período de tres años, siendo finalmente asesinada por su pareja de un disparo. Debido a disputas continuas de la pareja, la policía detuvo al esposo en dos ocasiones. En el momento en que la víctima fue asesinada estaba en vigor una medida cautelar válida por tres meses que prohibía al esposo volver al apartamento de la familia y sus inmediaciones y mantener contacto con ellos. La víctima llamó al servicio de emergencia pocas horas antes de su muerte y, pese a ello, no se envió una patrulla al lugar del delito. El Comité observa que el Estado parte ha creado un modelo amplio para hacer frente a la violencia machista en pareja que incluye legislación, recursos penales y civiles, sensibilización, educación, capacitación, centros de acogida, asesoramiento psicológico para las víctimas de la violencia, y labor con los autores del delito. Sin embargo, para que cada mujer víctima de la violencia machista en pareja pueda gozar de la realización práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política que se expresa en el amplio sistema de Austria debe recibir el apoyo de los agentes estatales que se adhieren a las obligaciones del Estado Parte de proceder con la debida diligencia. El Comité considera que, por no responder la policía inmediatamente a la llamada de la víctima, el Estado es responsable de no haber actuado con la diligencia debida y concluye que el Estado violó sus obligaciones con arreglo al apartado a) y c) a f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención (consagrar legislación que recoja el

¹⁴⁶ Comunicación Nº 32/2011, de 23 de julio de 2011.

principio de igualdad; protección jurídica ante los tribunales; abstenerse de incurrir en todo acto de discriminación contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre) considerados en conjunción con el artículo 1 de la Convención, que define lo que constituye discriminación, la Recomendación General Nº 19 del Comité *sobre violencia contra la mujer* y los derechos de la difunta a la vida y la integridad física y mental.

Entre las recomendaciones dadas a los Estado partes en estos supuestos de violencia contra las mujeres, todas ellas manifestaciones de lo que el Comité entiende como diligencia debida en relación con la obligación del Estado de acabar con la discriminación contra las mujeres, se establecen las siguientes: ofrecer formación a jueces, abogacía y policías sobre la CEDAW y su Protocolo, investigar todas las denuncias que se presenten, que se dé a las víctimas acceso a la justicia mediante asistencia letrada gratuita, acceso a medios de rehabilitación y que se ofrezca a delincuentes programas de rehabilitación y métodos de resolución de conflictos no violentos, procesar con rapidez a los autores de los delitos, y velar por la coordinación entre todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en relación con temas de violencia contra las mujeres.

En *A.T. c. Hungría* (2005) la recurrente sufrió lesiones causadas por su ex pareja de hecho y padre de sus dos hijos durante cuatro años. No pudo solicitar una orden de alejamiento o de protección, porque no estaba prevista dicha posibilidad en la legislación húngara y no pudo acudir a un centro de acogida porque no había ninguno equipado para aceptarla junto con sus hijos, uno de los cuales padecía una discapacidad grave. El Comité declaró que la recurrente fue víctima de la violación de los artículos 2 a) y b) (consagrar legislación y otras medidas que recoja el principio de igualdad), art. 2 e) (eliminar toda discriminación producida por cualquier persona,

organización o empresa), artículo 5 a), (modificar patrones socioculturales) y artículo 16 (eliminar la discriminación en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares), todo ello como consecuencia del incumplimiento por el Estado parte de su obligación de protegerla de modo eficaz del grave riesgo que para su integridad física, su salud física y mental y su vida representaba su ex pareja de hecho. Además, consideró que la estructura jurídica e institucional del Estado parte no permitía garantizar de forma coordinada, general y eficaz la protección y el apoyo que, según las normas internacionales, deben prestarse a las víctimas de violencia machista en pareja.

En *Fatma Yildirim c. Austria* (2007) la recurrente, tras una prolongada situación de violencia machista, fue asesinada por apuñalamiento por parte de su esposo. Todos los esfuerzos llevados a cabo por la víctima para tratar de romper los lazos con su cónyuge y salvar su propia vida, como mudarse de la vivienda con su hija menor, establecer contacto periódico con la policía, obtener una medida cautelar y autorizar el procesamiento de su agresor, fueron en vano. Los hechos revelan una situación extremadamente peligrosa de la que las autoridades tenían conocimiento o deberían haberlo tenido; y, en este contexto, no detener al esposo es una violación de la obligación del Estado parte de proceder con la debida diligencia para proteger a la víctima de violencia. El Comité considera que el hecho de que Austria haya establecido un modelo amplio para proteger a las mujeres contra la violencia machista en pareja, no es obstáculo alguno para reconocer el incumplimiento de las obligaciones del Estado al no haberse adoptado la diligencia debida para proteger el derecho de la parte actora contra la violencia infligida por el esposo, y concluye que el Estado parte violó sus obligaciones con arreglo a los apartados a) y c) a f) del artículo 2, y al artículo 3 de la Convención (consagrar legislación que recoja el principio de igualdad; protección jurídica ante los tribunales; abstenerse de incurrir en todo acto de discriminación contra la mujer; tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer,

con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre) en conjunción con el artículo 1 de la Convención, que define la discriminación, la Recomendación General Nº 19 del Comité *sobre violencia contra la mujer*, así como los derechos a la vida y a la integridad física y mental de la mujer fallecida.

En *V.K v. Bulgaria* (2008), la autora contrajo matrimonio en 1995. El matrimonio tuvo dos hijos, nacidos en 1997 y 2001. La familia estuvo residiendo en Bulgaria hasta que, por motivos laborales de su esposo se trasladaron a Polonia. Desde el principio del matrimonio la autora comenzó a ser víctima de malos tratos físicos, psicológicos, emocionales y económicos por parte de su esposo, quien ejercía un control total sobre todos los ámbitos de su vida, incluyendo sus relaciones familiares y de amistad, hasta el gasto del dinero; así por ejemplo, tenía prohibido trabajar fuera de la casa.

Pese a los múltiples intentos de V.K de abandonar a su marido siempre se vio forzada a permanecer con él dadas sus amenazas de no dejarla marchar con sus hijos y de prohibirle todo contacto con ellos. Pero, en 2007, tras importantes y continuadas agresiones físicas que incluso llevaron a la autora a acudir al hospital en más de una ocasión, ésta abandona el hogar familiar y se refugia en un albergue para mujeres maltratadas de Varsovia (Polonia). Sin embargo, el marido consigue retener a uno de los menores y durante dos meses logra impedir cualquier contacto entre madre e hijo. En medio de un enfrentamiento público y violento con el esposo, y con la ayuda de la policía, el 21 septiembre de 2007, la autora consigue recuperar al menor. Días más tarde, V.K. huye con sus dos hijos a Bulgaria, su país de procedencia, y presenta una demanda ante los tribunales nacionales solicitando una orden de protección contra el esposo. La solicitud fue denegada en base a que, durante los 30 días anteriores a la demanda, el esposo de la autora no había perpetrado ningún acto de violencia contra ella o sus hijos ni proferido ninguna amenaza contra ellos, requisito imprescindible para dictar una orden de protección según la ley búlgara. El Tribunal estimó además, que la autora no había podido demostrar que los hechos denunciados hubieran sido constitutivos de violencia con lo cual, tanto la autora como sus hijos, quedaron desprovistos de cualquier apoyo y protección por parte de las autoridades públicas.

El Comité observa que pese a que el Estado adoptó medidas para proporcionar protección contra la violencia doméstica al aprobar un marco normativo adecuado, dicha voluntad política no se veía reflejada y apoyada en todas las instancias del Estado, incluidos los tribunales. El Comité considera que decretando la denegación de la orden de protección los tribunales búlgaros aplicaron una definición de violencia doméstica extremadamente restrictiva en vulneración de las obligaciones del Estado conforme al artículo 2 c) y d) de la Convención. Asimismo, que aplicar un estándar de prueba excesivamente elevado que desplaza sobre la víctima toda la carga probatoria, tampoco se ajusta a la Convención. También se consideró por parte del Comité que la justificación del periodo de un mes dentro del cual la víctima debe solicitar una orden de protección como medio para garantizar intervenciones urgentes de los tribunales, refleja la noción preconcebida de que la violencia doméstica es una cuestión privada en la que el Estado, en principio, no debe ejercer control. Lo mismo ocurre con el requisito impuesto por los tribunales de que haya existido violencia física y una amenaza concreta a la vida o salud de la víctima, que refleja también un concepto estereotipado y excesivamente estricto de lo que es la violencia doméstica. Por último, entiende el Comité que el hecho de que no existiesen albergues disponibles para alojar de manera segura a la autora y sus hijos, constituye una violación de la obligación del Estado de ofrecer protección inmediata a las mujeres contra la violencia. Por ello el Comité declara que el Estado vulneró los derechos de la autora en virtud de los artículos 2 c), d), e) y f) (garantizar por medio de tribunales la protección contra todo acto de discriminación, tomar medidas para eliminar la discriminación y modificar la legislación discriminatoria) conjuntamente con el artículo 1, 5 a) y 16.1 (modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres basados en la superioridad o inferioridad de cualquier de los sexos y eliminar la discriminación en relación con el matrimonio), así como la Recomendación General núm. 19 del Comité *sobre la violencia contra la mujer*.

En *Jallow c. Bulgaria* (2011) la demandante, una mujer original de Gambia, conoció en su país en el año 2006 a un ciudadano búlgaro que se encontraba de viaje de negocios. Tras iniciar una relación con él, quedó embarazada y en el año 2007 contrajeron matrimonio. Tiempo después, la familia emigra a Bulgaria. Desde el inicio

de la convivencia en Bulgaria, la demandante comenzó a recibir maltrato físico y psicológico por parte del marido, quien además tenía un problema de alcoholismo. Intentó forzarla a hacerse videos y fotos pornográficas, a lo que ella se negó, y le retuvo la documentación. Asimismo, comenzó a abusar sexualmente de la hija de ambos, masturbándose y viendo películas pornográficas delante de la niña e, incluso, enseñándole a tocarle el pene. Dos meses después de su llegada a Bulgaria, el marido acudió al Departamento de Protección de Menores solicitando que impidieran a la madre que continuara amamantando a su hija. Durante la visita de este Departamento al domicilio familiar, las autoridades encontraron las fotos pornográficas colgadas por las paredes y descubrieron los abusos ocasionados por el marido. Los servicios sociales decidieron embargar las fotos y contactar con la Fiscalía. A la demandante le aconsejaron que tanto ella como su hija se mantuvieran alejadas del maltratador, pero no le ofrecieron ninguna alternativa a dónde ir, ni se tomó ninguna medida para protegerlas. En el año 2009 la Fiscalía decidió no seguir con las investigaciones considerando que las pruebas eran insuficientes ya que, en su opinión, las fotos encontradas en la casa eran de mujeres adultas que habían consentido en ser fotografiadas. Esta decisión se tomó sin entrevistar a la demandante ni investigar sus alegaciones en relación al maltrato. A partir de ese momento, la demandante y su hija tuvieron que abandonar la vivienda en varias ocasiones, viéndose siempre obligadas a retornar. A pesar de que interpuso varias denuncias ante la policía contra su marido, las autoridades sólo se limitaron a advertir de forma oral al maltratador que parase. En julio de 2009, la demandante consiguió el permiso de residencia búlgaro y le pidió a su marido el divorcio, a lo que éste se negó dado que quería mantener la custodia de la menor. Sin embargo, meses después, el marido interpuso una demanda de protección bajo la Ley de Violencia Doméstica, alegando que era víctima constante de maltrato por parte de su mujer. El tribunal de Sofía consideró probadas las alegaciones del marido, retiró los derechos de custodia a la madre y le negó el derecho de visita. El único elemento de prueba valorado por el tribunal búlgaro fue la declaración del marido, la demandante no fue escuchada por el tribunal en ningún momento del proceso. A pesar de los múltiples intentos de la demandante por obtener información sobre su hija, ni la policía, ni la Agencia Estatal para la Protección de los Menores, ni la

Fiscalía le facilitaron ayuda. Tras dos años la demandante pudo ver de nuevo a su hija. Durante ese tiempo, el marido inició los trámites de divorcio. El juez que conoció de este procedimiento, instó a la demandante a que llegase a un acuerdo con su marido de manera, que se vio forzada a aceptar unas condiciones de separación totalmente desfavorables tanto para ella como para su hija.

El Comité considera probado que las autoridades no actuaron con la diligencia debida para proteger a la solicitante y tomar en consideración la situación de vulnerabilidad en que se encontraba en tanto mujer migrante, analfabeta y con una niña pequeña, que desconocía el idioma y no tenía familia ni amigos que la ayudasen en dicho país. También afirmó que las autoridades búlgaras no iniciaron nunca los procedimientos necesarios para investigar las alegaciones de violencia doméstica, pese a tener potestad para ello. El Comité recuerda que la Recomendación General Nº 28 (2010) establece la obligación para los Estados de responder activamente ante toda supuesta discriminación contra las mujeres que se produzca en su territorio. El Comité recuerda que la medida de separación temporal de madre e hija se tomó tras escuchar únicamente los argumentos del marido maltratador y no tuvo en cuenta los incidentes de violencia doméstica denunciados por la demandante durante las visitas de los servicios sociales. Además los procedimientos subsiguientes relativos a la custodia se extendieron durante varios meses durante los cuales la demandante no fue informada en ningún momento del paradero de su hija. El Comité sostuvo que tanto la demandante como su hija fueron víctimas de discriminación de género dado que el Estado no protegió los derechos de la demandante en su matrimonio, así como sus derechos de maternidad. La separación de madre e hija fue el resultado de que las autoridades ignoraran los incidentes de violencia intrafamiliar y las alegaciones de la demandante. El Comité estimó que Bulgaria incumplió sus obligaciones y violó los derechos de la demandante y su hija protegidos por el artículo 2 b), c), d), e) y f) (adoptar medidas adecuadas que prohíban toda discriminación contra la mujer; establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer por conducto de los tribunales; abstenerse de incurrir en todo acto discriminatorio contra las mujeres; tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer

practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; adaptar todos las medidas necesarias para modificar leyes discriminatorias) ; 5 a) (modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres basados en la superioridad o inferioridad de cualquier de los sexos) y 16 c), d) y f) (eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y su disolución y en relación con los hijos y su custodia).

Como podemos observar el Comité de la CEDAW tiene menos dificultades que el TEDH para establecer la responsabilidad del Estado por no adoptar la diligencia debida en casos de violencia machista en pareja y considera este tipo de violencia como discriminación. Por lo tanto, aunque un queja individual por discriminación basada en el sexo puede presentarse también ante el CDH o el TEDH, ya que tanto el PIDCP como el CEDH consagran el principio de no discriminación, reciben un tratamiento más favorable del Comité de la CEDAW que del CDH y del TEDH, y el derecho sustantivo aplicable puede también ser interpretado de un modo más favorable aplicando la CEDAW que el PIDCP o el CEDH. Por ejemplo, una reclamación ante el CDH o el TEDH puede tener más visos de prosperar si se plantea una cuestión clara de diferente tratamiento por razón de sexo o una discriminación de las mujeres producida por una práctica de una autoridad pública. Sin embargo el CDH y el TEDH tienen mayores dificultades para dar una respuesta a quejas que desafían la clásica distinción entre las esferas públicas y privadas y que buscan atribuir responsabilidad al Estado por violaciones de derechos cometidas por agentes no estatales. Además, también hay que tener en cuenta la composición de cada uno de estos comités. El de la CEDAW está formado exclusivamente por mujeres, mientras que el CDH está formado en su mayoría por hombres. Aunque los hombres pueden ser sensibles a la importancia del género, el hecho de que la totalidad de los miembros del Comité sean mujeres puede influir en que la decisión tenga mucho más en cuenta este aspecto (Byrnes, 1994). Por lo tanto, las luchas de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos específicos obtendrán un mayor reconocimiento si plantean sus demandas ante el Comité de la CEDAW como una forma de discriminación que si las plantean ante el CDH o el TEDH, ya sea como una forma de discriminación o como una violación de la prohibición de ser

sometida a tortura, pena o trato inhumano o degradante (*ius cogens*). Esto tiene dos implicaciones importantes: a) No olvidemos que las resoluciones del Comité de la CEDAW (y también las del CDH) no son de obligado cumplimiento para los Estados, es decir no son vinculantes, a diferencia de las resoluciones del TEDH que sí lo son. Por ello, si las mujeres recurren al Comité de la CEDAW pueden quedar privadas de mecanismos efectivos para obligar a los Estados a reparar la violación del derecho que sufren. Por otro lado, si en lugar de recurrir al Comité de la CEDAW, acuden al CDH o al TEDH, las violaciones de sus derechos humanos puede que no sea reconocida en los casos en que no se plantea una mera cuestión discriminatoria respecto de los hombres; y b) Una resolución como la que emite el Comité de la CEDAW que trata la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación, en la que no se pronuncia sobre si el daño sufrido por las mujeres puede ser calificado como contrario a la prohibición de tortura, pena o trato inhumano o degradante nos proporciona una ayuda menor para que las mujeres que solicitan asilo puedan ser reconocidas como beneficiarias de protección subsidiaria, ya que la legislación aplicable en materia de asilo y refugio exige que el daño pueda ser calificado como tortura o trato inhumano o degradante para reconocer a las mujeres dicho estatuto.

Este menor reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres en organismos internacionales generales como el CDH y el TEDH, único organismo de protección de los derechos humanos cuyas resoluciones son vinculantes, demuestra la necesidad de transversalizar el género de modo efectivo en estos organismos y en la interpretación de los instrumentos internacionales por el cumplimiento de cuyos derechos velan. De lo contrario, las mujeres, aún cuando consigan obtener una resolución que declare la violación de sus derechos y que han sido discriminadas, carecen de cualquier mecanismo para obligar al Estado a reparar las violaciones de sus derechos humanos y, de este modo, el sistema de protección de los derechos humanos (internacional o regional), sigue discriminando a las mujeres pues les niega la misma protección frente a la ley que a los hombres.

SEGUNDA PARTE: DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar cómo empieza a plantearse la feminización de la experiencia de los refugiados, considero necesario hacer una breve introducción sobre el estado del derecho de asilo en la actualidad. En los últimos años se han incrementado y diversificado las situaciones que obligan a millones de personas en todo el mundo a huir de su país para encontrar un refugio. “A las persecuciones por razones políticas o la pertenencia a minorías amenazadas, a las guerras o conflictos civiles que se multiplican, se han sumado otras vinculadas a la opción sexual, a la condición de género o a los desastres medioambientales. Y el asilo, un derecho fundamental y universal, es un derecho cada vez más amenazado” (De Lucas, 2009). Durante el 2012 se registró el menor número de solicitudes de asilo en España en los últimos 25 años (CEAR, 2013)¹⁴⁷. Podríamos hablar de la crisis del derecho de asilo con un espectacular aumento de las restricciones de acceso a este derecho, la práctica generalizada de denegación del asilo en fronteras y en Centros de Internamientos de Extranjeros, el bajo nivel de concesión del estatuto de refugiado, el endurecimiento del régimen de visados por el que se exige visados de tránsito para personas procedentes de países en conflicto como Siria, las sanciones a los transportistas, el férreo control fronterizo, etc. Factores todos ellos que impiden la llegada de personas necesitadas de protección internacional a nuestras fronteras. Estas políticas están dificultando enormemente que las personas refugiadas puedan encontrar protección en países seguros, lejos de la persecución y del temor por sus vidas e integridad física.

El obsesivo control de las fronteras y su externalización, en cooperación con los países de origen y tránsito, ha supuesto un descenso considerable en el número de embarcaciones llegadas a las costas españolas. Al descenso de entradas, hay que

¹⁴⁷ Disponible en http://cear.es/wp-content/uploads/2013/06/InformeCEAR_2013.pdf [Acceso 19 de febrero de 2014].

sumar la práctica sistemática de repatriaciones que en 2012 dieron un balance de más de 26.000 personas y expulsiones colectivas de personas migrantes sin comprobar si están necesitadas de protección internacional (CEAR, 2013). "La externalización de las fronteras crea espacios de contención -bajo el cuidado de países que muchas veces no superan el estándar mínimo de respeto de derechos humanos- cada vez más difíciles de superar. Eso obliga a los refugiados a unirse en su huida a los inmigrantes irregulares, con los que se confunden. Y una de las consecuencias es que son tratados como ellos y ni siquiera se les da la posibilidad de demandar asilo" (De Lucas, 2009, Merino, 2010).

La Comisión Europea en 2011 promulga una Comunicación sobre el Enfoque global con el que considera necesario abordar las Migraciones y la Movilidad. De los cuatro pilares en el que se basa este enfoque, el tercero hace referencia a "Promover la protección y ampliar la dimensión externa de las políticas de asilo"¹⁴⁸.

Promover la protección no encaja bien con la baja ratio de reconocimiento que se da en los países europeos de las personas necesitadas de protección internacional como las personas que solicitan asilo y/o personas refugiadas, sobre todo en España, ni con legislación como la promulgada dentro del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que, en muchos casos, no es acorde con los estándares mínimos de derechos humanos ni con la Convención de Ginebra sobre los refugiados de 1951: procedimientos acelerados de denegación del derecho de asilo en frontera, multitud de causas de inadmisión a trámite de una petición de asilo, causas para tramitar el procedimiento de asilo por los trámites de urgencia que reducen a la mitad los plazos previstos para el procedimiento ordinario, listas de "países seguros" y "países de tránsito seguro" que excluye de la posibilidad de solicitar asilo al suponer que no puede existir persecución, lo que supone generalizar una práctica de rechazo automático de determinado tipo de solicitudes, la reducción de atribuciones al ACNUR en la tramitación de los procedimientos nacionales, etc. Tampoco encaja bien con la

¹⁴⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0743:FIN:EN:PDF> [Acceso 11 de febrero de 2014].

reticencia de los Estados a reconocer la persecución sufrida por orientación e identidad sexual o por motivos de género como causas para ser reconocida como persona refugiada.

Dentro de este tercer pilar la UE sostiene “la necesidad de ampliar la dimensión externa del derecho de asilo” invocando una solidaridad y responsabilidad común, una mayor cooperación entre países, bajo la supuesta pretensión de fortalecer los sistemas y legislaciones de asilo de países no miembros de la UE.

La UE ha externalizado y deslocalizado gran parte de la gestión de sus fronteras hacia otros países, estableciendo determinados procedimientos relativos a los controles fronterizos, tales como la obtención de los visados fuera de su territorio, y responsabilizando o derivando el control de documentos a compañías de transporte o funcionarios de enlace en terceros países. La implementación de estos instrumentos supone que se activen múltiples controles a distancia antes incluso de traspasar físicamente una frontera geográfica: en las embajadas de los países de origen, en las agencias de viaje, compañías de transporte, etc. (Fernández Bessa, 2008). De esta forma, la frontera actúa en el propio país de origen, desde el mismo momento en que una persona decide emprender una experiencia migratoria dificultándose el que personas necesitadas de protección lleguen a un país de asilo.

Todo lo expuesto pone de manifiesto las dificultades existentes para poder solicitar asilo y poder ser reconocido como persona refugiada. Estas dificultades son compartidas por hombres y mujeres, pero éstas, además, van a tener que superar mayores obstáculos debido a la discriminación grupal que sufren, como veremos más adelante.

Las décadas de los años 80 y los 90 estuvieron marcadas por la aparición de nuevos modelos de persecución en los que la cara de las víctimas era menos familiar en contraposición con el prototipo de persona refugiada que surge en los primeros años de la Guerra Fría, caracterizado sobre todo por ser alguien perseguido/a por oposición a los regímenes instaurados en los países comunistas. Entre los nuevos tipos de persecución cabe mencionar la sufrida por mujeres feministas en Estados islámicos,

hombres y mujeres no heterosexuales y mujeres víctimas de abusos en sociedades patriarcales (Musalo, et al. 2002).

Coincidiendo con la primera década de Naciones Unidas para las Mujeres (1976-1985), momento en el que se produjo un crecimiento de los movimientos de mujeres en defensa de sus derechos humanos, empieza a plantearse la persecución por motivos de género en relación con la legislación internacional de asilo y a hablarse de la *feminización de la experiencia de los refugiados*.

En la parte anterior dedicada al DIDH he expuesto las reticencias de la comunidad internacional y de la jurisprudencia de organismos internacionales de protección de derechos humanos generales a reconocer las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos por producirse, muchos de los daños infligidos, en la esfera privada y por agentes no estatales. Esta resistencia, consecuencia de la aplicación de la dicotomía público-privado, se reproduce en el DIPR en la falta de protección de las mujeres que solicitan asilo al no reconocer los daños sufridos como persecución (Musalo, 2001), o como contrarios a la prohibición de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes. Arenas (2009) se refiere a las mujeres refugiadas como “una minoría olvidada”. Tal y como afirma Kneebone (2005:7) “en términos filosóficos, los solicitantes de asilo son construidos como personas externas a nuestra idea de comunidad, como personas definidas dentro de los sistemas legales por su estatus de extranjeros más que como ciudadanos potenciales. Esta tendencia de ‘inclusión excluyente’ es exacerbada en los casos de mujeres refugiadas” debido a la discriminación interseccional (Crenshaw, 1989) que sufren, esto es, la discriminación en la que confluyen como factores de exclusión no solo su estatus de no nacional y su sexo, sino también otros como la raza, la clase, la orientación sexual, la edad, la situación socioeconómica, etc.

La definición de persona refugiada viene recogida en el artículo 1 A (2) de la *Convención de Ginebra sobre los Refugiados* (CG) de 1951¹⁴⁹:

¹⁴⁹ 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. Fue

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.

Se supone que la legislación internacional que regula el refugio es objetiva y que se aplica por igual a todos los individuos, es decir, se presupone universal y neutra al género (Olsen, 2000, Minow, 1988). Considerar el término refugiado como un término neutro se ha traducido en que se ha prestado poca atención a la protección de las mujeres como solicitantes de asilo.

En esta segunda parte intento contestar a la pregunta de por qué las mujeres no se benefician en la misma medida que los hombres de la protección disponible en la CG. En mi opinión ello es debido a dos razones. La primera de ellas es porque al interpretar la CG la experiencia de las mujeres ha sido marginada. Al aplicarse al DIPR la dicotomía público-privado (Sullivan, 1995), los daños sufridos por las mujeres no han sido considerados persecución en el sentido de la CG; o aún en el caso de que hayan sido reconocidos como persecución, se ha estimado que no eran perseguidas por uno de los motivos previstos en la CG, o que eran perseguidas por agentes no estatales, razones ambas para justificar la falta de reconocimiento del derecho de asilo y la denegación de la condición de refugiada. Las mujeres, en muchas ocasiones son las primeras víctimas de represión política, económica o social debido a legislaciones o normas sociales que les imponen un determinado comportamiento en virtud de las relaciones de género. Además en algunos países las autoridades explotan las

ratificada por España, junto con el Protocolo de Nueva York 1967, en 1978. Por medio del Protocolo de Nueva York de 4 de octubre de 1967, la CG amplía su ámbito temporal y geográfico ya que deja de aplicarse únicamente por hechos acaecidos en Europa antes del 1 de enero de 1951. (BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978).

relaciones familiares para intensificar el daño que infieren. Así las mujeres pueden ser amenazadas, torturadas o asesinadas para causar un daño a los varones con los que están emocionalmente vinculadas. Un ataque a una mujer puede también representar un ataque a un determinado grupo étnico ya que las mujeres pueden ser percibidas como las reproductoras de ese grupo. Las mujeres sufren daños que son específicamente infligidos en razón de su sexo como la violación, la mutilación genital femenina, la trata de mujeres para su explotación sexual, el matrimonio forzoso, esterilización forzosa, etc. En algunos países las mujeres que no aceptan los valores morales o éticos que la sociedad en la que viven les impone pueden ser perseguidas: negarse a contraer matrimonio, tener relaciones sexuales fuera de una relación matrimonial, negarse a pagar la dote, o incluso no respetar determinados códigos de vestimenta puede ser motivo de persecución. Por otro lado, debido a las construcciones económicas, muy pocas mujeres en estas situaciones son capaces de abandonar sus países de origen y solicitar protección y, cuando lo consiguen, los Estados en donde solicitan protección consideran que no han sufrido persecución sino un simple trato discriminatorio que no es de gravedad suficiente para legitimar la concesión de protección internacional. Por otro lado, mientras una persecución motivada por una forma convencional de “lo político”, como la pertenencia a un partido político, es considerada una razón para solicitar asilo, formas de resistencia política menos convencionales, como negarse a obedecer leyes discriminatorias o determinados códigos de vestimenta, son erróneamente categorizados como una conducta personal. También es más probable que las mujeres participen en actividades políticas de “bajo perfil” vinculadas con su rol reproductivo, pero lo que a primera vista puede parecer no político puede resultar una forma de protesta o de activismo político. También muchas mujeres tienen problemas para demostrar la falta de protección por parte del Estado cuando el daño que sufren ocurre en el ámbito del hogar o dentro de la comunidad por parte de un agente no estatal.

Otra razón por la que las mujeres no se benefician en la misma medida que los hombres de la protección disponible en la CG tiene que ver con el proceso de determinación de la condición de persona refugiada. Los obstáculos que experimentan las mujeres para conseguir el estatuto de refugiadas no sólo tienen que ver con el

modo en que se interpreta las normas sustantivas sino también con normas adjetivas, es decir, con barreras relacionadas con el procedimiento que dificultan o impiden a las mujeres el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiada.

En definitiva, el DIPR privilegia las actividades masculinas ejercidas en el ámbito público frente a las actividades femeninas desarrolladas en el ámbito privado y, de este modo, el criterio determinante para que una persona sea reconocida como refugiada es su vinculación con la esfera pública masculina (Murillo, 1996). Así que, pese a la pretensión de neutralidad de género de la definición de persona refugiada de la CG, la legislación se ha desarrollado desde un paradigma masculino que refleja la experiencia masculina y que no responde a las particulares necesidades de protección femeninas (Kelly, 1993) ni a sus experiencias de persecución y, por esta razón, las mujeres ven rechazadas sus peticiones de asilo en mayor medida que los hombres (Greatbach, 1989)¹⁵⁰.

Un sector doctrinal sostiene que la causa de la marginación de las mujeres en el DIPR es que la CG no prevé el género como un motivo para solicitar asilo junto con los cinco motivos actualmente previstos y considera necesario modificar la CG para incluirlo como un sexto motivo. Esta exigencia de modificar la CG es considerada peligrosa por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) debido a la tendencia de los Estados a limitar sus obligaciones de protección. Por ello por parte de este organismo se ha recomendado a los Estados que las mujeres sean reconocidas como un grupo social para subsumir las peticiones de asilo que realizan las mujeres perseguidas por motivos de género bajo la categoría de pertenencia a un determinado grupo social aunque, como luego expondré, este modo de dar encaje a las peticiones de asilo de las mujeres en la CG puede no ser el más satisfactorio.

Aunque algunos países han empezado a reconocer las experiencias de persecución de las mujeres refugiadas y han tomado medidas para asegurar el acceso

¹⁵⁰ En 2008 fueron reconocidas como personas refugiadas 81 hombres y 70 mujeres; en 2009, 96 hombres y 83 mujeres; en 2010, 164 hombres y 81 mujeres; en 2011, 194 hombres y 142 mujeres. <http://www.interior.gob.es/publicaciones-descarga-17/extranjeria-y-asilo-967/asilo-en-cifras-968?locale=es> [16 de agosto de 2013].

de las mismas a la protección internacional, todavía queda un largo camino por recorrer para responder a la forma en que el género moldea las experiencias de las mujeres como solicitantes de asilo, para superar el sesgo androcéntrico del DIPR. En esta parte de la investigación, mi intención es contribuir a evidenciar el sesgo androcéntrico que preside la interpretación del DIPR y ofrecer alternativas de interpretación más inclusivas para dar cabida a las experiencias de persecución de las mujeres en toda su diversidad, así como las experiencias de otros colectivos de personas tradicionalmente excluidas, como el colectivo de personas LGTB¹⁵¹.

Empezaré por concretar qué es el derecho de asilo y el marco jurídico centrándome exclusivamente en el marco que recoge la definición de persona refugiada. Dentro del marco jurídico abordaré el marco internacional, y dentro de éste, la CG y las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y sus directrices de protección internacional; el marco jurídico regional europeo con la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante prevista en el artículo 3 del CEDH y su interpretación por parte del TEDH; el marco jurídico comunitario; y por último, el marco jurídico español. Respecto de este último, además de analizar la definición de persona refugiada, también abordaré los procedimientos de asilo para comprender en qué medida las mujeres son discriminadas indirectamente por la legislación al dificultar estas normas su acceso al procedimiento de asilo.

Acto seguido abordaré dos dilemas: uno, si para reconocer a las mujeres como necesitadas de protección internacional en igual medida que los hombres es necesario modificar la CG para dar cabida a un motivo más, el género, o si por el contrario, si interpretamos la CG desde una mirada feminista no es necesario modificarla. Expondré los argumentos esgrimidos por las partidarias de ambos posicionamientos. Mi posición al respecto es que no es necesario modificar la CG para introducir el género ya que éste puede tener cabida dentro de la Convención si ésta se interpreta utilizando métodos feministas como la *woman question*, el razonamiento feminista práctico y la

¹⁵¹ A partir de este momento siempre que utilice el término *mujeres* lo haré para referirme también a otros colectivos marginalizados.

creación de consciencia (Bartlett, 1990), y utilizando el concepto de género (Scott, 1990) y el concepto de experiencia de las mujeres (Mohanty, 1984) como categorías analíticas para evitar el sesgo androcéntrico con el que actualmente se interpreta la CG, al tomar como persecución paradigmática la que sufre el varón en el ámbito público llevada a cabo por un agente estatal. Todo ello nos conduce a tener en cuenta las experiencias de las mujeres como solicitantes de asilo y facilita su reconocimiento como personas necesitadas de protección internacional, ya sean refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria, dos estatutos diferentes sobre los que volveré a incidir posteriormente.

Una vez posicionada a favor de la reinterpretación de la CG y su no modificación, abordo el segundo dilema: dentro de qué categoría de las actualmente existentes en la CG considero más adecuado subsumir las peticiones de asilo por motivos de género. El motivo mayormente utilizado es la persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Sin embargo, en mi opinión, la persecución por motivos de género es una persecución por motivos políticos, ya sean reales o imputados. Sostengo que subsumir las peticiones de asilo por motivos de género dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social ha despolitizado a las mujeres y las ha construido como seres dependientes sin capacidad de agencia. Además sostengo que: a) la propia definición de grupo social es problemática porque parte del concepto de sexo como una característica innata e inmutable, como algo estrictamente biológico, y ello es especialmente problemático en el caso de peticiones de asilo realizadas por personas transexuales; b) cuestiono que la persecución por pertenencia a un determinado grupo social como categoría en la que incluir la persecución por motivos de género sea la que mejor facilita el reconocimiento de las mujeres como refugiadas debido a los requisitos que la jurisprudencia ha ido exigiendo para poder configurar un grupo social, requisitos no exigidos por la CG.

A continuación expondré los problemas de encaje del género dentro del DIPR. El primero de estos problemas es cómo es entendido del concepto de género por la legislación aplicable. El concepto de género es interpretado: a) como sinónimo de sexo, vinculado a la biología, implicando que el género es un hecho fijo y objetivo de

una persona, o b) como contrapuesto al sexo, tal y como lo hacía Rubin (1975) en su *sistema sexo/género* en donde el *género* se define como todo el conjunto de elementos socioculturales que, diseñados en un momento histórico concreto, se inscriben en el cuerpo *natural*, el sexo. Ambos modos de entender el género no capturan su naturaleza relacional, el rol de las relaciones de poder ni el modo en que las estructuras de subordinación se reproducen. De este modo “se elimina la potencialidad analítica de la categoría género para reducirla a un mero eufemismo, políticamente más correcto. El problema es que de este modo se encubren [...] las relaciones de poder entre los sexos” (Tubert, 2003: 7-8). Estas interpretaciones conducen a perpetuar dualismos y a esencializar una determinada identidad femenina y otra masculina, lo que se traduce en generalizaciones sobre las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo, considerándolas un grupo homogéneo (Mohanty, 1984, 2003), sin tener en cuenta que las experiencias de persecución de las mujeres y el proceso de determinación de la condición de persona refugiada están moldeados por las diferencias de raza, clase, edad, orientación sexual, estatus socioeconómico, etc. Este concepto de género puede oscurecer lo que significa ser perseguida por motivos de género, es decir por desafiar el poder y el dominio que los hombres ejercen para controlar a las mujeres y otros colectivos.

El segundo de los problemas de encaje del género dentro del DIPR es la dicotomía público privado que subyace en la base del DIPR y cómo ésta afecta a la conceptualización de “lo político”. La interpretación más común de “lo político”, relacionado principalmente con la esfera pública, es problemática porque no tiene en cuenta el contexto en el que la participación política o resistencia de las mujeres acontece. El criterio fundamentalmente seguido para reconocer a una persona como refugiada está centrado en la esfera pública dominada por los hombres, reconociéndose pocas actividades llevadas a cabo por las mujeres como políticas. Pondré de manifiesto la necesidad de preguntarse por la *woman question* (Bartlett, 1990) para interpretar “lo político” de una forma amplia e inclusiva que permita un mayor reconocimiento como refugiadas de las mujeres que solicitan asilo por ser perseguidas por motivos de género. *Asking the woman question* asume que determinadas características del derecho pueden ser, no sólo no neutrales en un

sentido general, sino también “masculinas” en un sentido específico. Sin la *woman question*, diferencias asociadas con las mujeres se dan por supuestas, no examinadas y pueden servir como justificación de leyes que perjudican a las mujeres. La *woman question* revela cómo la posición de las mujeres refleja la organización de la sociedad más que características inherentes de las mujeres, ya que las diferencias están situadas en las relaciones sociales -el lugar de trabajo, la familia, etc.- y no en las mujeres mismas. Cuando me refiero al método “asking the woman question” me estoy refiriendo al “asking the question of the excluded”, ya que coincido con Barrère (2013) cuando afirma que la política para las mujeres no se puede desvincular de la política que toma en cuenta la raza, la clase, la sexualidad, la discapacidad, etc.

El tercer problema lo constituye las dificultades que las mujeres tienen para acceder al procedimiento de determinación de la condición de refugiada, esto es, las dificultades derivadas de aplicar un procedimiento pensado en que quien solicita protección es un varón y cómo ello puede traducirse en un menor reconocimiento de las mujeres como refugiadas.

Una vez abordados los problemas de encaje del género dentro del DIPR, paso al estudio de los elementos que integran la definición de persona refugiada, esto es, el temor fundado de sufrir persecución, ausencia de protección estatal y agente de persecución, alternativa de huida interna y nexo causal, o sea que la persecución se produzca por uno de los motivos de la CG: raza, nacionalidad, religión pertenencia a un determinado grupo social y motivos políticos. Al exponer los elementos integrantes de la definición de persona refugiada incidiré en el modo en que son interpretados y cómo pueden ser reinterpretados para tener en cuenta las experiencias de persecución de las mujeres, es decir,

- a) reconociendo los daños que se infligen a las mujeres como persecución para que puedan ser reconocidas como refugiadas, o en su caso, como tortura o trato o pena inhumano o degradante para que pueda ser reconocidas como beneficiarias de protección subsidiaria,
- b) reconociendo la persecución por agentes no estatales cuando el Estado no quiere o no puede brindar protección y

- c) tener siempre en cuenta el género y las experiencias de las mujeres como categorías de análisis y utilizar métodos feministas, sobre todo al examinar si la persecución se produce por cualquiera de los motivos previstos en la CG.

De los cinco motivos previstos, analizaré con mayor profundidad la pertenencia a un determinado grupo social por ser la categoría en la que mayoritariamente se incardinan las peticiones de asilo realizadas por motivos de género y los motivos políticos, ya que en mi opinión las persecuciones por motivos de género pueden subsumirse dentro de la persecución por motivos políticos.

Al exponer la pertenencia a un determinado grupo social me voy a referir a cómo se ha construido la definición de grupo social en la jurisprudencia de Estados Unidos y cómo este desarrollo jurisprudencial ha ido añadiendo requisitos a la configuración del grupo social para limitar el reconocimiento de las personas perseguidas por motivos de género, cuestionando por esta razón que esta categoría sea la más idónea para que las mujeres accedan a la protección internacional. He seleccionado este país por cuanto es uno de los países con jurisprudencia más avanzada en relación con la persecución por motivos de género y porque, para llevar a cabo mi trabajo de investigación *La persecución por motivos de género: la experiencia en Estados Unidos* al finalizar los cursos de doctorado ya empecé con el estudio de esta jurisprudencia, sobre la que, ahora, he profundizado¹⁵². En cuanto a los motivos políticos, también utilizaré la jurisprudencia norteamericana para poner de manifiesto la importancia de reconocer la imputación de motivos políticos para reconceptualizar “lo político” de un modo amplio, reconociendo que en las sociedades patriarcales, en muchos casos, se considera que la ideología política de las mujeres es la misma que la de sus parientes masculinos y que la oposición de las mujeres a la dominación masculina, o ser feminista, son manifestaciones de una opinión política. No voy a abordar la legislación nacional de asilo de Estados Unidos porque ello supondría extender demasiado mi

¹⁵² Utilizo también una sentencia de Reino Unido, *Islam y Shah* (1999) por su relevancia por reconocer que los daños infligidos a las mujeres por razón de su sexo por agentes no estatales puede considerarse como persecución cuando no existe protección estatal, pero la jurisprudencia británica no es el objeto principal de este trabajo.

investigación, y porque, este estudio está centrado en la definición de persona refugiada, y la definición de persona refugiada aplicable en Estados Unidos es la prevista en la CG, la misma que resulta básicamente aplicable en España.

Una vez finalizada la exposición de los elementos integrantes de la definición de persona refugiada, me adentraré en el análisis de formas de violencia contra las mujeres como persecución que legitiman su reconocimiento como refugiadas. Me centraré en la violación, la mutilación genital femenina, la persecución por orientación e identidad sexual, la transgresión de normas sociales, la trata de mujeres para la explotación sexual, la violencia machista en pareja y la esterilización forzosa. Al abordar estas formas de persecución analizaré los aspectos positivos de la jurisprudencia de Estados Unidos que pudieran ser tenidos en cuenta por la jurisprudencia española para ampliar la interpretación de las leyes de asilo a favor de un mayor reconocimiento de la necesidad de protección internacional por parte de las mujeres. Este análisis me permite detectar en qué coinciden y difieren ambas jurisdicciones y poner de manifiesto que muchos de los problemas que experimentan las mujeres para ser reconocidas como refugiadas deducidos de la práctica jurisprudencial en Estados Unidos son comunes a los problemas a los que se enfrentan las mujeres en España, dado que muchos de estos problemas son derivados del hecho de vivir en sociedades patriarcales, o sea, todas las sociedades actuales.

Como el estatuto de refugiada no es el único estatuto por el que se puede obtener protección internacional, una vez finalizado el análisis de las formas de violencia contra las mujeres como persecución, expondré cómo estas mismas formas de violencia pueden ser consideradas como tortura o trato inhumano o degradante y, por tanto legitimar la concesión del estatuto de protección subsidiaria. En muchos casos de peticiones de asilo realizadas por motivos de género se reconoce a las solicitantes como beneficiarias de protección subsidiaria en lugar de refugiadas y ello puede entrañar un peligro al permitir la legislación europea comunitaria atribuir a dicho estatuto un menor reconocimiento de derechos que al estatuto de refugiada y, por lo tanto, discriminar a las mujeres solicitantes de asilo.

II. DERECHO DE ASILO: CONCEPTO Y MARCO JURÍDICO

1. Concepto del derecho de asilo

La posición tradicional de la doctrina respecto del derecho de asilo ha sido considerarlo un derecho del Estado y no un derecho individual. Según este sector doctrinal la concesión del derecho de asilo, entendido como la concesión de determinadas garantías de entrada y estancia en un territorio nacional, reside exclusivamente en la decisión del Estado soberano. Este modo de entender el derecho de asilo es legado de la Revolución Francesa que, paradójicamente, arbitró la potenciación de los derechos de los nacionales a la vez que excluía a los no nacionales, dejándoles frente al arbitrio del Estado Nación (López Garrido, 1991). Como ya hemos visto, por el contrato social primero se excluye a las mujeres y la esfera doméstica y, posteriormente se excluirá a las personas extranjeras.

En la parte de este estudio dedicada al DIDH ya puse de manifiesto la imposibilidad de partir de un concepto de soberanía irrestricta (García Roca, 2007) ya que, tal como sostiene Benhabib (2004: 18), en la pugna que existe entre las declaraciones de derechos humanos y la defensa de los Estados de su derecho soberano a controlar las fronteras, así como a controlar la calidad y cantidad de quienes son admitidos/as, “las normas de derechos humanos están por encima de la reivindicación de la soberanía estatal [...] La soberanía estatal ya no es el árbitro último del destino de ciudadanos o residentes. El ejercicio de la soberanía estatal, incluso dentro de las propias fronteras, está en forma creciente sujeto a normas internacionales reconocidas que prohíben el genocidio, el etnocidio, las expulsiones en masa, la esclavitud, la violación y los trabajos forzados”, entre otros. Hannah Arendt (1973) también plantea “el derecho a tener derechos”, expresión que utiliza para referirse a los derechos humanos, fuera del marco del Estado-nación. El problema de los derechos humanos en sentido tradicional es que estos son derechos que están basados en el modelo de ciudadanía: sólo aquellas personas que ya son miembros de una comunidad política pueden poseer derechos. Por otro lado, el principio de soberanía también le entrega al Estado el derecho de privar de la ciudadanía para estas personas de modo que es la propia estructura estatal la que produce personas

apátridas dentro del Estado. Cada vez que se producen personas apátridas, éstas son privadas de derechos porque ya no pertenecen a ningún lugar. Por ejemplo en el caso de las personas refugiadas, depende de la hospitalidad del país al que llegan, si quiere o no aceptarlos/as. Por ello Arendt sostiene que los derechos humanos deben ser considerados más que meros derechos ciudadanos, es decir, deben ser vistos y tratados como derechos fundamentales, reforzados por el derecho internacional. El *derecho a tener derechos* significa “el reconocimiento de la condición universal de personería de cada uno y todos los seres humanos independientemente de su ciudadanía universal” (Benhabib, 2004: 58). El reto es desarrollar un derecho internacional de los derechos humanos que separe el *derecho a tener derechos* de la condición nacional de individuo, que trascienda el marco del Estado-nación y que parta de un concepto de soberanía supeditada al respeto de los derechos humanos.

López Garrido (1991: 16) sostiene que un concepto de soberanía sin sujeción al respeto de los derechos humanos es insostenible debido al “proceso de constitucionalización del derecho de asilo” y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que suponen un “punto de inflexión respecto del pretendido control total del Estado sobre el derecho de asilo”.

Aunque posteriormente me referiré al marco jurídico español de asilo, en este apartado de definición del derecho de asilo voy a hacer referencia a la Constitución Española. Unos meses antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978, España se adhería al Convenio de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 1967. De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Española, el Convenio y el Protocolo, al igual que cualquier tratado internacional, son directamente aplicables y forman parte del ordenamiento interno español. De este modo, junto con la responsabilidad del Estado frente a la obligación internacional que resulta de la ratificación de la CG, aparece una nueva responsabilidad de tipo constitucional. El artículo 13 de la Constitución Española, en su apartado 4, recoge el derecho de asilo del modo siguiente: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

Según López Garrido, el derecho de asilo en España se configura como un derecho fundamental constitucional. Por el contrario Santolaya (2011) afirma que el derecho de asilo es un derecho constitucional de configuración legal ya que el artículo 13.4 de la Constitución contiene una remisión en términos abiertos a la ley. Ello no obstante “las posibilidades del legislador son mucho más limitadas a la hora de legislar sobre el asilo de lo que parece sugerir esta consideración [...] El asilo es básicamente un procedimiento para la determinación de la concurrencia de una determinada condición, y ese procedimiento debe estar regido en lo esencial, y sin perjuicio de algunas particularidades derivadas de su propia naturaleza, por los principios constitucionales de actuación de las administraciones públicas y sometido a los mismos controles que los restantes procedimientos” (Santolaya, 2011: 53). En definitiva, “con independencia de que el derecho de asilo esté constitucionalizado o no como un derecho fundamental en sí mismo considerado, lo esencial es que a sus procedimientos administrativos se les apliquen una serie de garantías procesales: el derecho de ser oído, de ser defendido y asistido por un abogado, de recurso judicial, de no ser detenido más allá de un cierto periodo, de motivación de las decisiones, de control judicial efectivo tempestivo sobre ellas, incluidas las correspondientes medidas cautelares. Cuando todo esto sucede, y aunque el asilo no sea en sí mismo un derecho fundamental, nos encontramos ante su efectiva protección a través de otros derechos constitucionales” (Santolaya, 2011: 183).

Pese a este proceso de constitucionalización del derecho de asilo y a la adopción de instrumentos internacionales de protección del derecho de asilo, como la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, dentro del DIPR se constata que, respecto de los derechos que los Estados deben acordar para la protección de las personas refugiadas o los criterios que deben establecer para rehusar a las personas extranjeras de su territorio nacional, el DI razona en términos de mínimos, y no en términos de igualdad de trato con las personas nacionales. De modo que “las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad jamás son ilícitas en sí mismas, excepto cuando, por la amplitud de tales discriminaciones, llegan a privar al extranjero del mínimo de protección que le es debido” (López Garrido, 1991: 20). La determinación de ese contenido mínimo no es fácil y en dicha tarea cada Estado puede

decidir libremente en función de su interés nacional y de acuerdo con los compromisos asumidos internacionalmente la extensión de los derechos que consideré oportuno conceder a las personas refugiadas (Sánchez Patrón, 2007).

López Garrido (1991: 18) define el derecho de asilo como “el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye”. La obligación fundamental que contraen los Estados que ratifican o se adhieren a la CG es el principio de *non-refoulement*, esto es, nadie podrá por expulsión o por devolución poner en modo alguno a un refugiado en la frontera de los territorios donde su vida o libertad peligre por una de las causas previstas en la CG.

En ejecución del mandato constitucional previsto en el artículo 13.4 de la Constitución Española se promulgó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, *reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*¹⁵³. Esta norma sufrió una profunda modificación por la Ley 9/94¹⁵⁴ al objeto de adecuar el ordenamiento español a la rápida evolución en la cantidad y características de las solicitudes de asilo que se produjo en el contexto de la Unión Europea, contexto de progresiva armonización de las legislaciones nacionales de asilo. Esta reforma supuso la eliminación de la diferencia entre dos estatutos: el asilo y el refugio, en donde éste último, “de origen internacional y con auténtico contenido obligacional”, sería el “representado por el *non refoulement*, es decir los perseguidos en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra, que lo soliciten de un país firmante, tienen derecho a no ser enviados a un país en el que peligre su vida o su libertad” (Santolaya, 2011: 33). El asilo “de origen puramente interno, y de nivel constitucional o legal, supone otorgar asilo territorial, en las condiciones determinadas por la propia normativa nacional. La tendencia era considerar este tipo de actos como expresión de la soberanía del Estado, de manera que si bien solía representar un *status* más elevado en cuanto a condiciones materiales que el de refugiado, no existía un derecho a obtener la condición de asilado, sino que

¹⁵³ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

¹⁵⁴ Ley 9/94, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 20 de marzo, *reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado*. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

se solía configurar como un acto de naturaleza graciable, puramente discrecional” (Santolaya, 2011: 33). Tras la reforma operada por la ley 9/94 el concepto de refugiado “hace referencia a las personas que sufren persecución en los términos de la Convención de Ginebra, y asilado es la persona que precisamente por ello ha recibido la protección de un determinado país de acuerdo a sus procedimiento de determinación, en los términos y con el alcance fijados por su normativa interna, reglas que en todo caso ha de respetar el estatuto mínimo de la Convención. Por tanto asilo es la obligación jurídica y jurídicamente controlable de otorgar protección territorial a quien lo solicita en un país determinado reuniendo las condiciones de la Convención de Ginebra” (Santolaya, 2011: 34).

Una vez abordado el concepto del derecho de asilo voy a exponer el marco jurídico aplicable. Para ello voy a referirme al marco jurídico internacional, y dentro de éste a la CG y a las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y sus directrices de protección internacional; al marco jurídico regional europeo con la prohibición de tortura, pena o trato inhumano o degradante prevista en el artículo 3 del CEDH y su interpretación por parte del TEDH; al marco jurídico comunitario; y por último, al español.

2. Marco jurídico

2.1 Marco jurídico internacional

Empezando por el marco jurídico internacional, recordemos que la *Convención de Ginebra sobre los Refugiados* de 1951 contiene la definición de persona refugiada en su artículo 1A (2). En esta definición existían dos reservas, una temporal y otra territorial ya que en un principio, la CG sólo se aplicaba por “acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951”, y los Estados únicamente podían aplicar las disposiciones de la CG a personas refugiadas víctimas de acontecimientos acaecidos en Europa. La aparición de nuevos conflictos extraeuropeos hizo necesario suprimir los límites temporales y territoriales y tener en cuenta nuevas categorías de personas refugiadas. Por medio del Protocolo de Nueva York de 1967 se eliminaron estas dos reservas.

La definición de persona refugiada del artículo 1A (2) de la CG explicita las condiciones para que una persona pueda ser considerada como refugiada, esto es, los criterios de inclusión o elementos configuradores de la definición de persona refugiada. Más adelante abordaré éstos con detenimiento distinguiendo: a) temor fundado de persecución, b) ausencia de protección estatal y agentes de persecución, c) alternativa de huida interna y d) nexo causal, es decir, que la persecución se produzca por uno de los motivos previstos en la CG: raza, nacionalidad, religión, motivos políticos y pertenencia a un determinado grupo social.

Esta definición exige que la persona que solicita asilo sea una “víctima cualificada” o que se trate de una “persecución individualizada” como requisito para la obtención del estatuto de persona refugiada, lo que según Santolaya (2011: 22) sienta “las bases de una de las mayores contradicciones del estatuto internacional de los refugiados [...] que excluye a todas aquellas ‘víctimas ordinarias’ de los sufrimientos que origina por ejemplo una guerra civil, y en consecuencia, surgirán toda una serie de colectivos necesitados de protección internacional que no accederán al estatuto de refugiado”¹⁵⁵.

La CG también regula causas por las que una persona no puede ser considerada como refugiada y causas por las que la condición de persona refugiada puede cesar: cláusulas de exclusión y cláusulas de cesación. Las cláusulas de exclusión están previstas en el artículo 1 F y son las siguientes: a) haber cometido un delito contemplado por las disposiciones de los tratados de extradición, en cuanto autores de un delito grave común; b) haber cometido un crimen contra la paz o contra la humanidad o un crimen de guerra; y c) haber cometido un crimen contemplado por disposiciones del artículo 14.2 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, es decir, haber cometido un delito común o un acto opuesto a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Las cláusulas de cesación están previstas en el artículo 1,

¹⁵⁵ Para este tipo de persecuciones no individualizadas se aplicaría la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOUE L 212 de 12 de julio de 2001).

Secciones C, D, y E. Entre ellas, las dos más importantes son la de las personas que “voluntariamente hayan reclamado protección del país al que pertenecen en razón de su nacionalidad” y el de las personas que “hayan adquirido una nueva nacionalidad y gocen de la protección del país cuya nacionalidad hayan adquirido”.

La CG prevé determinadas ventajas o garantías para las personas refugiadas. La garantía más esencial de todas es el principio de *non-refoulement* o principio de no devolución (Mariño Menéndez, 1995), esto es la prohibición de expulsar o devolver a una persona refugiada en la frontera del territorio donde su vida o su libertad están amenazadas por una de las causas previstas en la CG (artículo 33). El principio de *non-refoulement* que incluye la prohibición de rechazo, de expulsión o de devolución e incluso de extradición, constituye el contenido esencial del derecho de asilo y tiene la consideración de *ius cogens*. Sin embargo no es un principio absoluto ya que “conceptos como ‘seguridad nacional’ u ‘orden público’ son utilizados como justificativos de excepciones a dicho principio fundamental” (López Garrido, 1991: 20). El propio artículo 33 de la CG, en su párrafo 2, prevé excepciones a dicho principio: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad del tal país”. Benhabib (2004) sostiene que la afirmación de que un primer ingreso no puede negarse a quienes lo buscan si esto resultara en su “destrucción”, afirmación llevada a cabo por Kant dentro de su teoría del derecho cosmopolita, en concreto el derecho a la hospitalidad universal, fue incorporado a la CG como el principio de *non-refoulement*.

Otras ventajas o garantías previstas por la CG a las personas refugiadas son las siguientes: a) tratamiento idéntico a las personas nacionales en las siguientes materias: libertad de enseñanza religiosa a los/as niños/as (artículo 4); propiedad intelectual (artículo 14); derecho de acceso a los tribunales (artículo 16); enseñanza primaria (artículo 22); asistencia pública (artículo 23); legislación de trabajo y seguridad social (artículo 24); gravámenes fiscales (artículo 29); b) tratamiento más favorable dado a

aquellas personas provenientes de un país extranjero en las siguientes materias: derechos de asociación (artículo 15) y ejercicio de profesiones por cuenta ajena (artículo 17); c) tratamiento que no será menos favorable que el aplicado a personas extranjeras en general en las siguientes materias: adquisición de propiedad mobiliaria e inmobiliaria (artículo 13); ejercicio de profesiones no asalariadas (artículo 18) o liberales (artículo 19); alojamiento (artículo 21); enseñanza diferente de la primaria (artículo 22) y libertad de circulación (artículo 26); d) ausencia de sanciones penales en caso de entrada o de estancia irregular en el país de acogida cuando la persona refugiada llegue directamente desde el país en que su vida esté amenazada (artículo 31); y f) garantías procesales en caso de expulsión (artículo 32). Por otro lado, la GC prescribe a los Estados proveer a las personas refugiadas de los documentos de identidad necesarios (artículo 27), de un título de viaje (artículo 28) y les facilitarán su asimilación y naturalización (artículo 34).

De este modo la CG viene a configurar un estatuto “especial y privilegiado” (Santalya, 2011: 26) en cuanto al reconocimiento de derechos respecto de las personas que son reconocidas como refugiadas frente a otras personas extranjeras. De ahí la importancia de interpretar la CG desde una perspectiva de género para que las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo no queden sin reconocimiento y se las prive, por tanto, de todos los derechos anteriormente mencionados.

La CG fue redactada en un momento histórico en el que la preocupación por la discriminación por razón de sexo era inexistente como lo demuestra el que la prohibición de discriminación prevista en su artículo 3 sólo prevea como motivos de discriminación la raza, religión o país de origen. “Se impuso, de esta forma, el paradigma liberal y eurocéntrico en el cual emerge el concepto de refugiado” (Arenas, 2005: 77). La respuesta del ACNUR a esta ausencia de consagración de la prohibición de discriminación por razón de sexo fue publicar conclusiones y directrices de protección específicas sobre cómo transversalizar el género en las políticas de asilo.

La CG, en el párrafo sexto de su preámbulo, reconoce expresamente que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados tiene por misión velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección de las

personas refugiadas. Por este motivo, una vez abordada brevemente la CG dentro del marco jurídico internacional aplicable en materia de asilo, paso a referirme a las conclusiones de Comité Ejecutivo del ACNUR y las directrices de protección internacional dictadas por dicho organismo.

En 1985, coincidiendo con la primera Conferencia Mundial de Mujeres celebrada en México, el Comité Ejecutivo del ACNUR adopta la primera Conclusión sobre *Mujeres Refugiadas y Protección Internacional*, N° 39¹⁵⁶ en la que se instaba a los Estados a que interpretarán la CG de un modo que permitiera a las mujeres que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos por haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, ser reconocidas como refugiadas bajo el motivo de pertenencia a un determinado grupo social.

Otras conclusiones del comité ejecutivo del ACNUR son las siguientes:

- N° 54 (1988) sobre seguridad de las mujeres refugiadas;
- N° 60 (1989) para facilitar la participación de las mujeres refugiadas;
- N° 64 (1990) en la que reconoce que asegurar la igualdad de trato para las mujeres y hombres refugiados puede requerir medidas específicas a favor de las primeras, como aumentar la representación del personal femenino adecuadamente capacitado, asegurar el acceso directo de las mujeres refugiadas a ese personal; proporcionar entrevistadoras mujeres capacitadas en los procedimientos para determinar la condición de refugiado y asegurar el acceso adecuado de las mujeres solicitantes de asilo a esos procedimientos, incluso cuando están acompañadas por miembros masculinos de la familia; dar asesoramiento adecuado a las mujeres refugiadas que son víctimas de abusos; otorgar documentos individuales de identificación o registro a las mujeres refugiadas; otorgar a las mujeres refugiadas acceso eficaz y equitativo a los servicios básicos, incluidos el

¹⁵⁶ Compilation of Conclusions adopted by Executive Committee on International Protection of Refugees 1975-2004 y A thematic Compilation of Executive Committee Conclusions, 6th edition, June 2011, disponibles en <http://www.unhcr.org/pages/49e6e6dd6.html> [acceso 8 de febrero 2013].

abastecimiento de alimentos, agua y artículos de socorro, salud y sanidad, educación, formación profesional y trabajo remunerado;

- Nº 77 (1995) en la que resalta la necesidad de aplicar criterios y directrices especiales a las persecuciones dirigidas particularmente contra las mujeres, directrices, fundadas en el principio de que los derechos de las mujeres son derechos humanos, que deben reconocer como refugiadas a las mujeres que reclaman el estatuto de refugiado basándose en el temor fundado a la persecución por razones enumeradas en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 incluida la persecución mediante la violencia sexual y otras persecuciones relacionadas con el sexo;
- Nº 105 (2006) sobre estrategias de protección de mujeres y niñas en riesgo, entre otras.

El ACNUR también ha ido publicando directrices de protección internacional de gran relevancia como las siguientes:

- Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas (1991);
- Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (1992);
- Sexual Violence: Prevention and Responses to Sexual and Gender-Based Violence in Refugees Situations, Inter-Agency Lessons Learned Conference Proceedings, (2001);
- 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 (2002);
- Directrices sobre la Protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002);

- Directrices sobre Protección Internacional: La alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (2003);
- Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, returnees and Internally Displaced Persons, Guidelines for Prevention and Responses, (2003);
- UNHCR Note on Refugee Claims based on Coercive Family Planning Laws or Policies (2005);
- Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata (2006);
- UNHCR Guidance note on Claims for Refugee Status under the 1951 Convention relating to sexual orientation and gender identity (2008) y
- Guidance Note on Refugees Claims relating to Female Genital Mutilation (2009), entre otras.

Todas estas directrices constituyen soft law ya que no son vinculantes pero son de gran importancia para interpretar la Convención de Ginebra y son o deberían ser utilizadas por los tribunales y demás operadores jurídicos encargados de resolver las peticiones de asilo.

Una vez expuesto el marco jurídico internacional en el que he integrado la CG y las conclusiones y directrices de protección internacional del ACNUR voy a analizar la normativa aplicable en materia de asilo en el ámbito regional europeo.

2.2 Marco jurídico regional europeo

El TEDH ha sostenido de manera reiterada que ni el CEDH ni ninguno de sus Protocolos Adicionales consagra el derecho de asilo. Los Estados soberanos tienen el derecho de regular la entrada, residencia y expulsión de las personas extranjeras de su territorio, derecho limitado por el respeto de los derechos humanos consagrados en

los instrumentos internacionales de protección. Sin embargo el Tribunal ha establecido con toda claridad que en los casos en que una persona va a ser extraditada o expulsada a un país en donde existan serias razones para creer que puede ser sometida a tortura o pena o trato inhumano o degradante, la expulsión o extradición viola el artículo 3 del CEDH¹⁵⁷. El artículo 3 del CEDH establece que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El CEDH, al prohibir en su artículo 3 la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, puede constituir un instrumento de protección para aquellas personas que, pese a no reunir los requisitos para ser reconocidas como refugiadas exigidos por la CG, puedan ser sometidas a trato prohibido por el artículo 3 del Convenio en caso de ser expulsadas o extraditadas.

La distinción entre tortura y pena o trato inhumano o degradante es una diferencia de intensidad. El Tribunal ha definido la tortura y la pena o trato inhumano o degradante en *Irlanda c. Reino Unido*¹⁵⁸. El Tribunal ha calificado la tortura como “tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento serio y cruel”. Siguiendo con la definición de tortura de la *Convención contra la Tortura y otras formas de tratamiento o penas crueles, inhumanas o degradantes*, el Tribunal ha señalado que también existe en la definición de tortura un elemento intencional al ser infligida, entre otros, con el propósito de obtener información, una confesión o ser impuesta a modo de castigo.

Para interpretar cuando el daño infligido constituye o no tortura recordemos como en la parte dedicada al DIDH, Copelon (1994a, 1994b) al contarnos la historia de violencia machista en pareja de Jim y Molly, sostiene que la violencia contra las mujeres puede ser calificada de tortura al cumplirse todos los requisitos exigidos por la legislación si utilizamos como categorías de análisis el género y las experiencias de las mujeres, y si interpretamos las leyes con métodos feministas.

¹⁵⁷ *Soering c. Reino Unido*, nº 14038/88, Sentencia de 7 de julio de 1989 y *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, nº 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, Sentencia de 30 de octubre de 1991, entre otras.

¹⁵⁸ *Irlanda c. Reino Unido*, nº 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, pfo. 167.

Por otro lado el TEDH ha definido el trato o pena inhumana como “intenso sufrimiento mental o físico” y el trato o pena degradante como “trato que genera en la víctima un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar, rebajar y anular la resistencia física y moral de la víctima”. El Tribunal no siempre establece una clara distinción, y en ocasiones califica un trato como “inhumano y degradante” a la vez. Por lo tanto, para valorar si una pena o trato es inhumano o degradante habrá que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso (Zwaak, 2006). Al analizar estas definiciones hay que tener en cuenta que el CEDH es un instrumento “vivo” que debe ser interpretado de conformidad con la realidad social imperante, y por ello actos que anteriormente se han calificado como pena o trato inhumano o degradante, pueden ser clasificados posteriormente como tortura¹⁵⁹.

Einarsen (1990) afirma que puede hablarse de un derecho implícito de asilo *de facto* inherente al CEDH. En este mismo sentido Morgades (2010: 803) afirma que “aunque el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos no contempla el asilo ni la protección de los refugiados, en los últimos años, su interpretación configura una protección que atiende específicamente a la vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo en relación con la de otras personas, incluso, de otros extranjeros”. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del CEDH, los Estados tienen la obligación de reconocer a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades consagrados en su Título I. Esta obligación limita sensiblemente el poder discrecional de los Estados de expulsar a personas extranjeras de su territorio ya que supone la prohibición de expulsiones contrarias al artículo 3 como acabamos de exponer¹⁶⁰. Los solicitantes de asilo a quienes se les haya denegado la condición de persona refugiada y vayan a ser expulsados/as contraviniendo la prohibición prevista en el artículo 3 del CEDH podrán por tanto

¹⁵⁹ *Selmouni c. Francia*, nº 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999, pfo. 101. En *Aydin c. Turquía*, nº 23178/94, Sentencia de la Gran Sala de 25 de septiembre de 1997, pfo. 83 y 86, el Tribunal por primera vez calificó como tortura la violación de una mujer de diecisiete años mientras estuvo detenida.

¹⁶⁰ Aunque no es objeto de estudio, no puede dejarse de mencionar que el artículo 1 del CEDH supone igualmente para los Estados la obligación de garantizar a los solicitantes de asilo el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5), la obligación de garantizar en cierta medida el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8) y el derecho a un recurso efectivo (artículo 13).

interponer una demanda ante el TEDH alegando una violación de la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante. De ahí la importancia de que el TEDH declare que determinados tipo de violencia contra las mujeres constituyen una violación de la prohibición de tortura o de trato inhumano o degradante del artículo 3 del CEDH, para que las mujeres puedan tener acceso a la protección que puede brindar este artículo.

Como hemos visto el TEDH ha reconocido la violación como tortura si se lleva a cabo por agentes estatales, sin embargo es reticente a considerar la violación como tal si se produce por parte de agentes no estatales. En este caso: a) o bien analiza la violación como un incumplimiento del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), b) o bien opta por la indefinición, es decir, analiza la violación bajo el artículo 3 declarando la violación contraria a dicho artículo sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante. En relación con la violencia machista en pareja, el TEDH nunca la ha calificado como tortura, sino como contraria al artículo 8 del CEDH o como contraria al artículo 3, pero como trato inhumano o degradante.

Considerar los daños específicos que sufren las mujeres como tortura y no como un trato o pena inhumano o degradante o como una violación del artículo 8 es importante como estrategia para eliminar la violencia contra las mujeres al considerar la prohibición de violencia como una norma de *ius cogens* y definir los actos de violencia contra las mujeres como tortura dentro del marco de la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos. Es una estrategia para luchar contra la violencia contra las mujeres, diferente y alternativa a la prevista en la CEDAW y la DEVAW que configuran la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. Por otro lado, configurar el daño específico que sufren las mujeres como contrario al artículo 3 del CEDH, aunque no sea como tortura, es importante con el fin de lograr un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y, en concreto, para facilitar que a las mujeres necesitadas de protección internacional (protección subsidiaria) les sea reconocida dicha necesidad, por cuanto experimentar trato contrario al artículo 3 del CEDH, ya sea tortura o trato inhumano o degradante,

es uno de los supuestos previstos, tanto en la legislación europea como en la legislación española de asilo para que una mujer pueda ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria, aunque no como refugiada.

2.3 Marco jurídico comunitario

Una de las materias en las que la evolución de la UE hacía una integración ha alcanzado un mayor desarrollo es el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que se refiere a todas las cuestiones relacionadas con la seguridad, la libertad de la ciudadanía y la administración de la justicia en el ámbito europeo. En una primera fase, el Tratado de Maastrich (1992), que introdujo una nueva estructura institucional en la UE, ubicó esta materia en el segundo y tercer pilar de la Unión Europea, bajo los títulos de “Seguridad y defensa común” y “Justicia y asuntos de interior”, lo que significa que en ese momento estos temas se trabajaban a nivel de cooperación intergubernamental y no a nivel institucional europeo ya que, en esta estructura, sólo el primer pilar tenía carácter comunitario. El Tratado de Ámsterdam (1997) fue el primero en citar expresamente el establecimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como un objetivo y transfirió del tercer pilar al primero las cuestiones relacionadas con la inmigración y el asilo. Es a partir de este momento cuando estos temas dejan de ser materia de mera cooperación intergubernamental para estar “comunitarizados”. Con el Tratado de Lisboa (2007) se elimina la estructura de los pilares y distingue tres ámbitos materiales diferentes pero relacionados: migraciones y asilo, cooperación policial y cooperación judicial.

En el seno de la UE se percibió la necesidad de regular ciertas disposiciones en materia de asilo lo que generó una proliferación de directivas y reglamentos que pretendían establecer un marco jurídico europeo. En el Consejo de Tampere (1999) se estableció como objetivo la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo basado en la armonización de unos estándares mínimos y el reconocimiento de los actos de un Estado miembro por otro Estado miembro. En dicho Consejo se marcaron objetivos a corto y a largo plazo. Entre los primeros, el Sistema Europeo Común de Asilo debía incluir, entre otras, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de solicitantes de asilo, y la

aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de persona refugiada. A largo plazo se pretendía que las normas comunitarias dieran lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme válido en todos los países de la UE para las personas a las que se concediese asilo.

A partir de ese momento se inició una primera fase de reforma de las normas existentes que se consideró concluida en el Consejo de La Haya de 2004. En dicho Consejo se exhortaba a los Estados miembros a ejecutar plenamente la primera fase sin demora. Además se invitó a la Comisión Europea a concluir la evaluación de los instrumentos jurídicos de la primera fase y proponer al Parlamento Europeo y al Consejo instrumentos y medidas para la segunda fase. Pero el proceso no fue tan rápido como se esperaba y la Comisión Europea, en su *Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo*¹⁶¹ publicado en 2007 declaraba que la primera fase no se había cumplido de la manera esperada e instaba a los Estados a adoptar ciertas reformas para alcanzar los objetivos planteados para el 2012. El Programa de Estocolmo daba en 2009 un nuevo impulso a la estrategia a seguir hasta 2014, para completar la segunda fase del proceso hacía la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo. Los principales mecanismos de los que la UE y los Estados miembros disponen para articular un Sistema Europeo Común de Asilo son las norma de derecho derivado, generalmente directivas y reglamentos. Las principales normas que constituyen el entramado jurídico sobre asilo y protección internacional en la UE y que se integran dentro de la primera fase del Sistema Europeo Común de asilo son las siguientes:

- Directiva 2005/85¹⁶². Es conocida como directiva de procedimiento. Establece las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Directiva 2004/83¹⁶³. Conocida como directiva de reconocimiento o de definición. Recoge las normas mínimas relativas a los requisitos para el

¹⁶¹ COM (2007) 301 final.

¹⁶² DOUE L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.

¹⁶³ DOUE L 304/12, de 30 de septiembre de 2004.

reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y al contenido de la protección concedida.

- Directiva 2003/9¹⁶⁴. Se la conoce como directiva de acogida. Aprueba las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.
- Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, *sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados*¹⁶⁵.
- Reglamento 343/2003¹⁶⁶. Es el Reglamento que modifica el Convenio de Dublín de 1990, conocido como Dublín II. Establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
- Reglamento 2725/2000 del Consejo o Reglamento EURODAC¹⁶⁷. Regula el sistema para la comprobación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del convenio de Dublín.

El Convenio de Dublín establece como principio que la solicitud de asilo será examinada por solo un Estado miembro. El objetivo es evitar que los solicitantes de asilo sean reenviados de un país a otro o que se abuse del sistema y una sola persona presente varias solicitudes de asilo.

Por ello, se definen criterios que permitan determinar, para cada solicitud de asilo, el Estado miembro responsable. Los criterios enunciados deberán aplicarse siguiendo su orden de presentación, tomando como base la situación existente en el momento en que el interesado solicitó asilo a un Estado miembro por primera vez.

¹⁶⁴ DOUE L 31/18, de 6 de febrero de 2003.

¹⁶⁵ DOUE L 251/12, de 3 de octubre de 2003.

¹⁶⁶ DOUE L 50/1, de 25 de febrero de 2003.

¹⁶⁷ DOUE L 316/1, de 15 de diciembre de 2000.

Uno de los criterios es la entrada o permanencia ilegal en un Estado miembro: Si el solicitante ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular, éste será el responsable del examen de la solicitud de asilo. Otros criterios son: a) Si el solicitante ha vivido en un Estado miembro durante un período continuo no inferior a cinco meses antes de presentar su solicitud de asilo, ese Estado miembro será responsable del examen de dicha solicitud. Si el solicitante hubiera vivido durante un período no inferior a cinco meses en varios Estados miembros, el Estado miembro en que haya vivido de forma más reciente será responsable del examen de la solicitud de asilo; b) Principio de unidad familiar: Si el solicitante de asilo es un menor no acompañado, será responsable del examen de su solicitud el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que ello redunde en el mayor interés del menor. En ausencia de un miembro de su familia, será responsable de examinar su solicitud el Estado miembro en el que el menor la haya presentado. Para los mayores de edad, si un miembro de la familia del solicitante tiene ya la condición de refugiado en un Estado miembro, o si la solicitud de dicha persona está en marcha, éste será responsable de la solicitud de asilo, siempre que el interesado así lo desee; c) Expedición de permisos de residencia o visados: El Estado miembro que haya expedido al solicitante un documento de residencia o visado que esté vigente será responsable de la solicitud de asilo; d) Entrada legal en un Estado miembro: Si el nacional de un tercer país solicita asilo en un Estado miembro donde no está sujeto a la obligación de tener visado, el Estado miembro en que se haya presentado la solicitud será el responsable; e) Solicitud en una zona de tránsito internacional de un aeropuerto: Si la solicitud de asilo se presenta en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto de un Estado miembro por un nacional de un país tercero, la responsabilidad del examen de la solicitud recaerá en dicho Estado miembro. Tal y como sostiene Morgades (2012) el sistema se completa con dos disposiciones que permiten una cierta flexibilidad: la *cláusula humanitaria*, que permite a un Estado hacerse cargo de una demanda de asilo para reagrupar a los miembros de una misma familia o por causas de vulnerabilidad o dependencia; y la *cláusula de soberanía*, que permite a un Estado hacerse cargo de cualquier demanda de asilo que le sea presentada. Los Estados deberían aplicar esta cláusula de soberanía

en aquellos supuestos en que la aplicación inflexible del Reglamento de Dublin II pudiera traducirse en una violación de derechos humanos en el país al que es enviado la persona que solicita asilo.

Las autoridades encargadas de tramitar y resolver los correspondientes recursos acerca de las demandas de asilo en los Estados que forman el espacio *Dublín* no pueden adoptar una dinámica de aplicación automática de los criterios de responsabilidad, si no que deberán realizar un examen sustantivo de las solicitudes para comprobar en cada caso si el Estado de destino es seguro: ha aceptado la transferencia, proporciona protección adecuada, y aplica los estándares vigentes de protección de los derechos humanos. La cláusula de soberanía¹⁶⁸ constituye así un elemento clave para asegurar la legitimidad del sistema en la práctica (Morgades, 2012: 195).

Todas las directivas anteriores establecen mínimos que los Estados miembros deben respetar. Al tratarse de mínimos, los Estados pueden adoptar estándares más favorables y eso genera diferencias en la transposición de las directivas al Derecho interno. Ello, unido a las diferencias en la aplicación de las mismas, configura un panorama diferente en cada Estado con lo que todavía dista mucho de haberse conseguido una verdadera armonización de las políticas europeas de asilo.

Además de las normas de Derecho derivado, el Sistema Europeo Común de Asilo forma parte del Derecho originario de la UE. El artículo 78.2 del Tratado de la UE insta al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar una serie de medidas para alcanzar el Sistema Europeo Común de Asilo, entre las que se incluye la adopción de un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países válido en toda la UE, procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo. Para alcanzar un verdadero Sistema Europeo Común de Asilo las instituciones y los Estados están trabajando en propuestas para modificar algunas de las disposiciones

¹⁶⁸ Desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, Nº 30696/09 de 21 de enero de 2011.

dictadas en la primera fase. Estas propuestas de reforma son elaboradas por la Comisión Europea tras la evaluación de los instrumentos jurídicos de la primera fase, tal y como se acordó en el Consejo de La Haya de 2004. La Comisión Europea propone dichas reformas al Parlamento Europeo y al Consejo, y dichas propuestas pueden aprobarse incluyendo modificaciones planteadas por el propio Parlamento y el Consejo, los Estados miembros, el ACNUR y otras organizaciones relacionadas con la protección internacional. A fecha de hoy ya existen nuevas versiones de las directivas de procedimiento, de reconocimiento o definición, de acogida y del Reglamento EURODAC.

Para analizar en qué medida dichas normas suponen un avance para el reconocimiento de la persecución por motivos de género me voy a centrar en la directiva de reconocimiento pero, tal y como sostiene Cheikh Ali et al. (2012) todas las directivas aprobadas durante la primera fase de la construcción de un Sistema Europeo Común de Asilo son muy débiles en cuanto al reconocimiento de la persecución por motivos de género.

En este punto considero necesario hacer una precisión terminológica. Crawley (2001) realiza una distinción entre “persecución sufrida por las mujeres en razón de su sexo” y “persecución por motivos de género”. El primero hace referencia al tipo de daño grave que se inflige dentro del significado de persecución y, el segundo es utilizado para explicar el motivo por el que se pide asilo, es decir los motivos de persecución, la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y motivos políticos. Por lo tanto es necesario tener en cuenta la diferencia que existe entre la persecución por razón de sexo como daño y la persecución por motivos de género como motivo para solicitar asilo, pero también es necesario ser conscientes de que los límites entre ambas y entre otros motivos de persecución no es clara y que siempre dependerá del criterio de quien interprete. Además habrá que tener en cuenta que las mujeres podrán ser perseguidas por confluir varios motivos de la CG, es decir, por sufrir discriminación interseccional. Desde mi punto de vista será muy difícil encontrar una persecución por razón de sexo que no lo sea también por razón de género ya que considero que normalmente no se persigue a las mujeres por el simple

hecho de ser mujeres sino por ser mujer no “adecuada”. Pero aún en el caso hipotético que pudiera existir una persecución que lo sea por mera razón de sexo, dado que las mujeres experimentan las mismas dificultades para que se reconozca su necesidad de protección internacional, tanto en los casos de persecución por razón de sexo (como daño) como en los casos de persecución por motivos de género (motivos de persecución), cuando hablo de persecución por motivos de género en este estudio me refiero a ambos casos sin que ello deba interpretarse como que utilizo el término sexo como sinónimo de género.

Centrándome en la Directiva 2011/95¹⁶⁹, que es la nueva directiva de definición propuesta por la Comisión Europea y revisada por el Parlamento Europeo y el Consejo, tras la evaluación realizada por la Comisión Europea de la Directiva de definición anterior, la 2004/83, dictada durante la primera fase de construcción del Sistema Europeo Común de Asilo, los aspectos positivos que ésta contiene para el reconocimiento de la persecución por motivos de género son los siguientes: a) reconocer en su artículo 6 la persecución por agentes no estatales cuando el Estado no puede o no quiere proporcionar protección contra la persecución o contra daños graves; b) enumerar los actos de persecución en su artículo 9.2 a); mencionar los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; y c) que en su artículo 10.1 d), al definir el grupo social reconoce que la orientación o identidad sexual y/o el sexo en sí mismas pueden ser una característica válida para configurar un grupo social.

Los aspectos descritos en los apartados a) y b) ya estaban previstos en la directiva de definición de 2004 y no han sido modificados por la directiva revisada en 2011. Es en el apartado c) donde se ha producido un cambio sustancial entre ambas directivas ya que en la de 2004, si bien se consideraba que la orientación sexual en sí misma podía ser una característica válida para configurar un grupo social, respecto del sexo, únicamente establecía que “podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con

¹⁶⁹ DOUE nº 337/16 de 20 de diciembre de 2011. Esta directiva introduce una serie de cambios y deroga la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 con el mismo título.

el sexo de la persona sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo”. Es decir que el sexo no podía ser una característica a tener en cuenta para configurar un grupo social. Por eso la directiva de definición revisada de 2011 supone un avance en cuanto al reconocimiento de la persecución por motivos de género, al admitir que tanto la orientación e identidad sexual como el sexo puedan ser características que en sí mismas puedan configurar un grupo social.

2.4 Marco jurídico español

El artículo 13 de la Constitución Española, en su apartado 4, recoge el derecho de asilo del modo siguiente: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. En ejecución del mandato constitucional se promulgó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, *reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, que fue modificada por la Ley 9/94 al objeto de adecuar el ordenamiento español a la rápida evolución en la cantidad y características de las solicitudes de asilo que se produjo en el contexto de la Unión Europea, contexto de progresiva armonización de las legislaciones nacionales de asilo.

En España la Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, transpone las siguientes directivas europeas dictadas durante la primera fase del Sistema Europeo Común de asilo: la Directiva 2004/83 de reconocimiento o definición; la Directiva 2005/85, relativa a los procedimientos; y la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, *sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados*.

La ley de asilo 12/2009 contiene un título preliminar y cinco títulos más. En el título preliminar se establece la finalidad de la ley y el objetivo material de regulación, determinando el contenido de la protección internacional integrada por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria. El Título I, se dedica a los requisitos que deben cumplirse para dar lugar al reconocimiento de la condición de persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria. Se delimita el significado de persecución, los motivos, agente perseguidor y las causas de exclusión y de denegación de la protección internacional. En este título se dedica todo un capítulo a la figura de la protección subsidiaria que hasta ahora aparecía configurada como una

institución carente de entidad propia y desprovista de una regulación detallada. Se regula la protección subsidiaria siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. Ello es consecuencia lógica de la voluntad de unificar ambos regímenes de protección. El Título II está íntegramente dedicado al procedimiento a seguir para determinar la condición de persona necesitada de protección internacional, ya sea refugio o protección subsidiaria ya que el procedimiento es el mismo. En el Título III se regula la reagrupación familiar; en el Título IV las cláusulas de cesación y, finalmente, en el Título V se contienen una serie de disposiciones en relación con menores y personas vulnerables.

El derecho de asilo es definido en el artículo 2 como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta ley, y en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”.

Antes de la promulgación de la ley de asilo 12/2009, en el 2007, estando todavía vigente la anterior ley de asilo 5/84, modificada por la ley 9/94, se promulgó la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*¹⁷⁰ (LOIHM). La Disposición Adicional vigésimo novena de la LOIHM disponía que: “Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: ‘Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género”.

La LOIHM venía a reconocer el género como un sexto motivo de persecución junto con la raza, la nacionalidad, la religión, los motivos políticos y la pertenencia a un determinado grupo social. Es decir se reconocía el género como un motivo autónomo, lo que puede ser interpretado como un reconocimiento expreso de la importancia de este tipo de persecuciones y su ubicación al mismo nivel que los otros cinco motivos y

¹⁷⁰ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

no como un subtipo de las persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social.

Cuando se promulga la ley 12/2009, ley de asilo actualmente vigente, en su artículo 3 establece que “se reconoce la condición de refugiado a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un determinado grupo social, de género y orientación sexual, se encuentran fuera del país de su país de nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o alguna de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

De la lectura de este artículo parece seguirse que la ley 12/2009, al igual que la LOIHM, introduce el género y la orientación sexual como motivos autónomos para solicitar asilo. Sin embargo, en el artículo 7 de la ley 12/2009 que recoge los motivos de persecución, menciona la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a un determinado grupo social. No recoge el género o la orientación sexual como un motivo autónomo sino que únicamente se hace referencia a la orientación sexual, al género y a la edad, al indicar las características que pueden configurar un grupo social, dentro del motivo de persecución de pertenencia a un determinado grupo social.

Pues bien, en el artículo 7, define el grupo social como un grupo de personas: “a) que comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y b) dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trata por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores”. Esta definición de grupo social es idéntica a la prevista en la Directiva 2011/95 de reconocimiento. Tras definir un grupo social establece que “En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo

social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”. Y añade que “Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen por sufrir persecución por motivos de género, y, o edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación de este artículo”. Por lo tanto el género y la orientación sexual no se introducen en la ley 12/2009, como un motivo de persecución autónomo sino como meras características que, en su caso, podrían configurar un grupo social aunque tampoco por sí solas sino en conjunción con otras características. De este modo aunque en un principio la ley 12/2009 parecía incluir la persecución por motivos de género y orientación sexual como un motivo autónomo, no lo hace puesto que estas persecuciones no se configuran como un motivo de persecución sino como una mera y posible característica que, junto con otras y no por sí mismas, pueden constituir un grupo social.

Recordemos además que la ley 12/2009 transpone la Directiva 2004/83 de reconocimiento o definición y que en dicha directiva, si bien no reconoce que el sexo pueda ser una característica que por sí misma pueda configurar un grupo social al establecer que “podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo”, sí reconoce que en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado grupo basado en una característica común de orientación sexual, mientras que la ley 12/2009, tampoco admite la orientación sexual o identidad sexual como características que por sí solas puedan configurar un grupo social. Por tanto podemos decir que la ley 12/2009, en este aspecto, no transpone la Directiva 2004/83 de reconocimiento o definición sino que es más restrictiva que ésta.

Pero es que además, no podemos olvidar que la Directiva 2004/83 de reconocimiento ha sido derogada por la Directiva 2011/95 y que ésta, en el aspecto que estamos analizando, supone un avance en cuanto al reconocimiento de la persecución por motivos de género ya que admite tanto la orientación sexual como el

sexo como características que pueden configurar un grupo social. Por lo tanto, la ley 12/2009, no ha cumplido con la transposición de la Directiva 2004/83 y además debe modificarse en este extremo para transponer la Directiva 2011/95 antes del 21 de diciembre de 2013 reconociendo tanto la orientación e identidad sexual y el sexo (el género, según la ley española) como características que por sí mismas pueden configurar un grupo social. La transposición de la directiva de reconocimiento o definición a la ley española nos proporciona un buen ejemplo de utilización del término *sexo* como sinónimo de *género* ya que la directiva siempre menciona el término *sexo* y éste ha sido recogido por la legislación española como sinónimo de género.

La ley 12/2009, en su artículo 6, establece que para que los actos en que se basen los fundados temores puedan ser calificados como persecución deben ser: “a) 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 pueden ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁷¹, o bien b) ser una acumulación suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)”.

La ley 12/2009, al enumerar los actos de persecución en su artículo 6.2, menciona los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean en sí mismas discriminatorias o que se apliquen de manera discriminatoria; penas discriminatorias, etc. Y en su artículo 13 reconoce la persecución por agentes no estatales cuando el Estado no puede o no quiere proporcionar protección contra la persecución o contra daños graves.

¹⁷¹ Derecho a la vida, prohibición de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, prohibición de esclavitud y no hay pena sin ley.

Recordemos que para que una persona pueda ser reconocida como refugiada debe demostrar que sufre persecución pero que el reconocimiento de una persona como refugiada no es el único modo de obtener protección internacional ya que puede recibir protección subsidiaria. Para ello tendrá que demostrar, no que sufre persecución del artículo 6 sino que sufre algunos de los daños graves previstos en el artículo 10: “a) la condena a pena de muerte o riesgo de su ejecución material, b) la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante y c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”. El apartado b) del artículo 10 recoge el tenor literal del artículo 3 del CEDH y de ahí la importancia de que el TEDH reconozca la violencia contra las mujeres como contrario al artículo 3, la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante y no como violación del artículo 8, derecho a la vida privada y familiar, para el reconocimiento de las mujeres como beneficiarias de protección subsidiaria. La jurisprudencia que el TEDH dicte reconociendo la violencia contra las mujeres como contraria al artículo 3 del CEDH puede ser invocada en el procedimiento de asilo para reclamar el reconocimiento de las mujeres como beneficiarias de protección subsidiaria.

Con la nueva ley de asilo, la única diferencia entre los derechos concedidos a una persona refugiada y a una beneficiaria de protección subsidiaria es que a las primeras se les expide documentos de identidad y viaje en todo caso, mientras que a las segundas, sólo en el caso de que “sea necesario” (artículo 36. d). Aun cuando sigue existiendo un tratamiento diferenciado, desde mi punto de vista injustificado, considero dicho intento de equiparación positivo al traducirse en un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres que solicitan asilo. En muchos casos los daños sufridos por las mujeres no se consideran de entidad suficiente para ser subsumidos dentro del concepto de persecución y se califican como daños graves, reconociéndose a las mujeres en consecuencia como beneficiarias de protección subsidiaria. El problema que esta situación planteaba antes de la promulgación de la ley 12/2009 era que ambos estatutos no estaban unificados y que el estatuto de protección subsidiaria suponía un menor grado de reconocimiento de derechos que el

estatuto de refugiada, y por tanto, la práctica de reconducir las peticiones de asilo realizadas por mujeres perseguidas por motivos de género por la vía de la protección subsidiaria era discriminatoria. Este problema ha sido resuelto al unificarse ambos estatutos en la ley 12/2009, aunque todavía sigue existiendo la diferencia mencionada respecto del título de viaje.

Considero importante y un avance el que la ley 12/2009 unifique dichos estatutos con equiparación de derechos, por cuanto la Directiva 2011/95 de reconocimiento, pese a su voluntad de equiparar ambos estatutos, sigue permitiendo un menor reconocimiento de derechos a las personas beneficiarias de protección subsidiaria. Si comparamos los derechos reconocidos a una persona refugiada y a una persona a la que se le ha concedido protección subsidiaria en la Directiva 2011/95, obtenemos el siguiente resultado:

a) en relación con el permiso de residencia, a la persona refugiada se le concede un permiso de residencia válido como mínimo por tres años y renovable, mientras que a la persona beneficiaria de protección subsidiaria se le concede un permiso de residencia válido como mínimo por un año y, en caso de renovación, por dos años como mínimo (artículo 24);

b) en relación con el documento de viaje, éste se expedirá a las personas refugiadas en todo caso y a las personas beneficiarias de protección subsidiaria sólo cuando no puedan obtener un pasaporte nacional (artículo 25);

c) en relación con el empleo, a las personas refugiadas se la autorizará a realizar actividades económicas por cuenta propia y ajena pero este derecho no se garantiza a las personas beneficiarias de protección subsidiaria ya que, con respecto a éstas, simplemente se establece la obligación de los Estados de velar por que se les ofrezcan posibilidades de formación relacionada con el empleo para adultos, formación profesional, incluidos cursos de formación para la mejora de las cualificaciones, trabajo en prácticas y asesoramiento ofrecido por las oficinas de empleo, en condiciones equivalentes a las de los nacionales;

d) en cuanto a la protección social se concede a personas refugiadas y beneficiarias de protección la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los nacionales pero, en el caso de las segundas, dicha asistencia puede limitarse a las prestaciones básicas.

Es decir, que si bien en España prácticamente se han equiparados sendos estatutos con una atribución muy similar de derechos, en otros países de la UE esta equiparación puede no ser tal salvo que apliquen estándares más favorables a los previstos en la Directiva 2011/95. Si se sigue con la tendencia de reconocer a las mujeres como necesitadas de protección internacional a través de la protección subsidiaria y no a través del asilo y los derechos que otorgan ambos estatutos no son idénticos, seguimos discriminando a las mujeres solicitantes de asilo.

Pese a que este estudio está básicamente centrado en los elementos que integran la definición de persona refugiada, a continuación voy a abordar las normas a seguir en el procedimiento de determinación de la necesidad de protección internacional sobre el que la CG guarda silencio, para entender cómo la ley de asilo discrimina de modo indirecto a las mujeres. Para entender los obstáculos que tienen las mujeres para acceder al procedimiento de asilo es necesario conocer cómo funcionan estos procedimientos. En España hay tres tipos de procedimientos:

- a) solicitudes de asilo presentadas en puestos fronterizos,
- b) solicitudes de asilo presentadas en territorio nacional, esto es, el procedimiento ordinario, que además tiene una modalidad para la tramitación urgente, y
- c) solicitud de protección internacional en Embajadas y Consulados.

Me voy a centrar en las dos primeras modalidades de procedimiento por cuanto el número de peticiones de asilo en Embajadas y Consulados es muy bajo¹⁷². Como ya

¹⁷² Según la publicación *el Asilo en cifras 2011* de la Subdirección General de Asilo, Oficina de Asilo y Refugio, disponible en <http://www.interior.gob.es/file/58/58075/58075.pdf> [acceso 9 de noviembre de 2012], durante el año 2011 en España se realizaron 2.697 peticiones de asilo en territorio nacional, 344

he expuesto anteriormente, una de las directivas que transpone la ley de asilo 12/2009 es la Directiva 2005/85 de procedimiento. En España, con anterioridad a la transposición, ya existían los tres procedimientos mencionados y las principales novedades introducidas han sido la posibilidad de denegar la petición de asilo en frontera de modo acelerado y la posibilidad de seguir el procedimiento ordinario por los trámites de urgencia, reduciendo los plazos a la mitad. Ahora me voy a referir con detalle a estos cambios.

En el procedimiento de asilo en territorio (ver anexo 3, cuadro procedimientos de asilo), la solicitud debe presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en territorio español ante la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) que es el organismo dependiente del Ministerio de Interior competente para tramitar las solicitudes de protección internacional y que se encuentra en Madrid. También es posible presentar la petición de asilo en las oficinas de extranjeros y en las Comisarías Provinciales de Policía. En este último caso, una vez presentada la solicitud de asilo, se remitirá de inmediato a la OAR para su tramitación. La solicitud de asilo debe efectuarse mediante comparecencia de la persona interesada y mediante la realización de una entrevista individualizada. Solicitada la protección la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución, expulsión o extradición hasta que se resuelva su solicitud, o ésta sea inadmitida a trámite. Una vez presentada la solicitud, ésta puede admitirse a trámite o inadmitirse en el plazo de un mes. Si se admite a trámite, la resolución de

en puestos fronterizos y 120 en embajadas o consulados. Hay que tener en cuenta que de estas peticiones realizadas en embajadas o consulados, 57 fueron realizadas por personas palestinas, estando muchos/as de ellos/as residiendo fuera de Palestina, lo que puede facilitar el acceso a este tipo de procedimiento. Sin embargo, este número tan elevado no es el habitual. Según el informe de la Comisión España de Ayuda al Refugiado (CEAR) de 2011, durante el año 2010 el número de peticiones de asilo realizadas en embajadas o consulados fue de 70 personas, representando dicho número un 2,5% del total de peticiones de asilo presentadas dicho año. Según el informe de CEAR de 2010, durante el año 2009 el número de peticiones de asilo realizadas en embajadas o consulados fue de 89 personas, representando dicho número un 1% del total de peticiones de asilo presentadas dicho año. Ambos informes están disponibles en <http://cear.es/index.php/publicaciones/informes-cear/> [acceso 9 de noviembre de 2012].

admisión a trámite debe indicar si el procedimiento se va a tramitar con los plazos “ordinarios” o se va a tramitar la petición con carácter de urgencia. Se acordará la tramitación del procedimiento ordinario por los trámites urgentes cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.1 de la Ley:

- a) que las alegaciones parezcan manifiestamente infundadas;
- b) que hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente por menores no acompañados;
- c) que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria;
- d) que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro;
- e) que la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes;
- f) que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos por la propia ley.

Los efectos de la admisión a trámite son la autorización de permanencia provisional en territorio español y la continuación de la tramitación del procedimiento, el inicio de la fase de instrucción.

En la fase de Instrucción se incorporan al expediente todas las diligencias practicadas y se eleva el expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR)¹⁷³ para que previo su estudio, eleve propuesta de resolución al Ministro/a de Interior, y firma de dicha resolución por el Ministro/a que es el competente para dictar una resolución concediendo o denegando el derecho de asilo y la condición de refugiada o la protección subsidiaria. Si la resolución reconoce a la persona como

¹⁷³ Es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración acogida de solicitantes de asilo e igualdad.

refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria, esta persona gozará de las ventajas y garantías previstas en la CG y en la ley española (artículo 36): protección contra la devolución; acceso a la información sobre derechos y obligaciones; autorización de residencia y trabajo permanente; la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes le sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de protección subsidiaria; acceso a los servicios públicos de empleo; acceso a la educación, asistencia sanitaria, vivienda, asistencia social, servicios sociales, derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, seguridad social y programas de integración; formación continua y ocupacional, trabajo en prácticas y reconocimiento de diplomas y certificados académicos; libertad de circulación; acceso a programas de ayuda al retorno voluntario; y al mantenimiento de la unidad familiar.

Si la resolución es negativa determinará, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español, salvo que de acuerdo con la legislación de extranjería la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia; o que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias. En caso de aplicación de la ley de extranjería, a la persona que obtiene su regularización administrativa por esta vía no se le aplica el principio de *non refoulement*, es decir, no queda protegida por el principio de no devolución. Estos supuestos no son objeto de estudio ya que me voy a limitar al estudio de aquellos estatutos que llevan implícita la protección contra la devolución, garantía esencial del derecho de asilo, esto es el estatuto de persona refugiada y el estatuto de persona beneficiaria de protección subsidiaria.

En todo caso, el derecho de asilo se denegará a: a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad (artículo 9 de la ley de asilo española).

La persona a la que se le ha denegado protección internacional puede interponer recurso contencioso administrativo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional¹⁷⁴, pero dicha interposición no tiene efecto suspensivo automático sobre la posible orden de retorno, devolución, expulsión, y salida obligatoria del territorio español, salvo que así se le solicite al tribunal mediante una petición de medidas cautelares y así se acuerde. Contra las decisiones de la Audiencia Nacional puede interponerse recurso de casación ante las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo¹⁷⁵.

La petición de asilo puede inadmitirse a trámite por uno de los motivos previstos en el artículo 20 de la Ley. Estos pueden ser:

a) por falta de competencia para el examen de las solicitudes cuando no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento de Dublín II; En la resolución por la que se acuerde la no admisión a trámite se indicará a la persona solicitante el Estado responsable de examinarla. En este caso, dicho Estado habrá aceptado explícitamente su responsabilidad y se obtendrán garantías suficientes de protección para la vida, libertad e integridad física de los interesados, así como del respeto a los demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en el territorio de dicho Estado.

b) Por falta de requisitos como en aquellos supuestos en que la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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.

trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra;

c) cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro;

d) cuando la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España o presentado una nueva solicitud con otros datos personales;

f) cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea.

La resolución de inadmisión determinará, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español, salvo que, de acuerdo con la legislación de extranjería, la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia; o que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias. La persona cuya petición de asilo haya sido inadmitida a trámite puede, además, interponer recurso contencioso administrativo. El órgano judicial competente para conocer de los recursos contra las decisiones de la OAR de inadmisión a trámite de 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*¹⁷⁶, 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 Nacional¹⁷⁷, y finalmente recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

En el procedimiento en frontera la solicitud de asilo se presenta en un puesto fronterizo de entrada a territorio español. También tiene dos fases: la de admisión a trámite y la fase posterior de instrucción. Ésta última es igual que la del procedimiento ordinario y se aplican por tanto las mismas causas de denegación expuestas

¹⁷⁶ BOE núm. 309, de 26 de Diciembre de 2003.

¹⁷⁷ 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.

anteriormente para las peticiones de asilo en territorio, esto es, las previstas en el artículo 9 de la ley de asilo. Las peculiaridades de este procedimiento están en la fase de admisión. La petición de asilo se hace nada más llegar al puesto fronterizo y los plazos son brevísimos. La decisión de admitir o no a trámite la petición de asilo debe ser notificada en un plazo máximo de cuatro días. Los efectos de la admisión a trámite son la autorización de entrada y permanencia provisional en territorio español y la continuación de la tramitación del procedimiento mediante la fase de instrucción. Los motivos de inadmisión son los mismos que los previstos para el procedimiento en territorio (artículo 20). Contra la resolución de inadmisión cabe una petición de reexamen que deberá presentarse en el plazo de dos días, petición que debe resolverse y notificarse en el plazo de otros dos. Es decir que la máxima duración de la fase de admisión en el procedimiento de frontera son ocho días. Como novedad la ley 12/2009, por la transposición de la Directiva 2005/85 de procedimiento, establece que tras la presentación de la petición de asilo en frontera la OAR puede, dentro del plazo máximo de cuatro días, no sólo admitir o inadmitir la petición de asilo a trámite, sino denegar la petición de asilo en frontera directamente, si concurre algunas de las causas previstas en el artículo 21. 2: que se planteen cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de persona refugiada o la concesión de protección subsidiaria; que la persona solicitante provenga de un país considerado seguro; o que la persona hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada. De este modo se configuran causas de denegación acelerada de las peticiones de asilo en frontera.

Estas normas de procedimiento distan mucho de ser normas garantistas ya que establecen una multitud de causas para inadmitir a trámite las peticiones de asilo, tanto en frontera como en el territorio, causas por las que el procedimiento ordinario puede tramitarse con carácter urgente y causas de denegación acelerada de las peticiones de asilo en frontera. Esto dificulta el acceso de las personas solicitantes de asilo a un procedimiento justo con todas las garantías. Pero las que resultan más

perjudicadas son las mujeres como expondré más adelante en relación con las limitaciones procedimentales, dentro de los problemas de encaje del género en el DIPR.

Con la legislación de asilo anterior a la ley 12/2009, una de las causas para la inadmisión a trámite de una petición de asilo era “que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado”¹⁷⁸ y, en muchas peticiones de asilo por motivos de género, debido al sesgo androcéntrico de la legislación de asilo nacional, europea e internacional, se estimaba que las causas alegadas por las mujeres no tenían encaje dentro de los cinco motivos previstos en la CG ya que los daños alegados no se consideraban persecución ni daños graves. Por ello, muchas peticiones de asilo llevadas a cabo por mujeres se inadmitían a trámite y, en el mejor de los casos, se interponía recurso judicial contra dicha inadmisión.

En la nueva ley de asilo 12/2009 dicha causa de inadmisión ha desaparecido como tal, pero sigue siendo una causa para tramitar el procedimiento ordinario por los trámites de urgencia (artículo 25.1), o para denegar de forma acelerada la condición de refugiada en el procedimiento en frontera (artículo 21. 2). De ahí la imperante necesidad de interpretar la CG desde una perspectiva de género teniendo en cuenta las experiencias de las mujeres en toda su diversidad para evitar que las peticiones de asilo que realicen las mujeres perseguidas por motivos de género sean tramitadas por el procedimiento ordinario de urgencia o que se les deniegue el derecho de asilo y la condición de refugiadas de forma acelerada en frontera.

Aunque el marco jurídico internacional, regional europeo, comunitario y español ha evolucionado en la última década para reconocer las formas de persecución por motivos de género, la persecución por motivos de género sigue sin ser reconocida en muchos Estados (Cheikh Ali et al, 2012), o este reconocimiento no se traduce en resoluciones en las que se reconozca el derecho de asilo y la condición de refugiada a personas perseguidas por motivos de género. Así sucede en el caso de que se

¹⁷⁸ Artículo 5.6 b) de la 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.

reconozca como persecución un determinado tipo de violencia contra las mujeres en una sentencia que resuelva un recurso interpuesto contra una resolución de inadmisión a trámite, cuyo único efecto es obligar al órgano administrativo que conoce en primera instancia, la OAR, a admitir a trámite la demanda y seguir con la tramitación del expediente hasta su resolución definitiva.

Esta explicación sobre el procedimiento de asilo y sobre los órganos judiciales que son competentes para conocer de las resoluciones dictadas por la OAR en supuestos de inadmisión a trámite y de denegación del derecho de asilo y de la necesidad de protección internacional, nos permite entender por qué en este estudio se invocan sentencias dictadas tanto por los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo como sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

III. EL DILEMA DE LA DIFERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

De la definición de persona refugiada prevista en la CG se deriva que únicamente se va a poder considerar a una persona como refugiada en el caso de que sea perseguida por uno de los cinco motivos previstos en ella, esto es, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. No está previsto expresamente que una persona pueda pedir asilo por ser perseguida por motivos de género. Pese a que en el momento en que se adopta la CG la persecución contra las mujeres no es un fenómeno desconocido, no fue tomada en cuenta en el debate que condujo a la aprobación de dicho instrumento internacional.

Por otro lado, las mujeres experimentan mayores obstáculos que los hombres para ser reconocidas como refugiadas debido a que no se reconocen sus experiencias de persecución. Así cabe preguntarse si el hecho de que las mujeres no sean reconocidas en la misma medida que los varones como refugiadas es debido a que la CG no prevé expresamente la persecución por motivos de género. Estaríamos ante el dilema de determinar si las categorías ya existentes en la CG son suficientes para reconocer las experiencias de persecución femeninas o si, por el contrario, sería necesario incluir la persecución por motivos de género. Este dilema ha sido planteado

como “aumentar versus reinterpretar las categorías existentes” (Randall: 2002: 283). Santolaya (2000:10) plantea este dilema en los siguientes términos:

El problema al que debemos enfrentarnos es si la Convención de Ginebra, reinterpretada como señala el Título preliminar de nuestro Código Civil, de acuerdo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, es un instrumento adecuado para dar respuesta a ese fenómeno o, por el contrario, es preciso una reformulación de la definición de refugiado que acoja de manera expresa y en plano de igualdad a las restantes causas de persecución previstas en su artículo 1 A (2) la que se produce por razón de sexo de los solicitantes.

La respuesta a este dilema no es unívoca. Voy a distinguir dos posturas al respecto, la de quienes opinan que es necesario incluir un sexto motivo, el género, puesto que el intento de subsumir la persecución por motivos de género dentro de las categorías existentes no es una solución adecuada por no haberse traducido en una mayor defensa de los derechos de las mujeres; y la de quienes consideran que la CG debidamente interpretada puede dar cabida a la persecución por motivos de género y que, por lo tanto, no es necesario modificarla para incluir un sexto motivo: el género. Paso a exponer con detalle cada una de estas posturas.

a) La necesidad de incluir un sexto motivo a la CG: el género

El sector que adopta una posición denominada maximalista considera necesario introducir un sexto motivo en la CG, el género, porque “sólo de este modo se puede asegurar que la definición de refugiada englobe el daño infligido específicamente contra las mujeres y que se reconozca ese daño como persecución, ya que los jueces no han logrado subsumir los casos de persecución por motivos de género dentro de los motivos previstos en la CG” (Kennedy, 1998: 321). En la misma línea, Sheridan (1997: 433) afirma que “el único modo de garantizar la igualdad de género en las leyes de asilo es incluir legislativamente la persecución por motivos de género como un motivo para ser reconocida como refugiada”. Y Stevens (1993) sostiene que añadir el género dentro de la categoría del asilo es un imperativo moral y político, y que el riesgo de no nombrar lo que se hace a las mujeres como persecución por motivos de género

conduce a su trivialización y perpetúa la invisibilidad de las víctimas. También Merino (2012a) se inclina a favor de introducir el género como un motivo autónomo dentro de la CG ya que de este modo se facilita el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como persecución si bien añade que, mientras no se produzca una transformación sustancial del régimen de asilo, “basar las demandas en motivos políticos pueden entenderse como el razonamiento más adecuado para los procesos de determinación del estatuto bajo el régimen actual. Principalmente, porque consolida el carácter político del marco conceptual del género, y es suficiente para reconocer la protección en aquellas demandas en las que la persecución es un acto de violencia de género y no concurre ningún otro motivo” (Merino, 2012a: 207).

Algunas partidarias de esta postura afirman que existe un interés en no incluir el género como categoría autónoma en rango de igualdad a los otros cinco motivos previstos en la CG ya que, quienes detentan el poder, tienen temor de que la línea de separación entre persecución por motivos de género y actos de violencia personal desaparezca, y que cualquier acto de violencia privada contra mujeres pueda servir de motivo para pedir asilo. “Se trata de mantener siempre una esfera privada en la que todo aquello que suceda no va a tener repercusiones a nivel público para en ella tener relegadas y dominadas a las mujeres” (Kennedy, 1998: 321). Esta esfera privada en la que se pretende tener dominadas a las mujeres contrasta con la esfera pública masculina. Tal y como críticamente sostiene Mestre (2006), los hombres en la vida pública como individuos trascienden las particularidades y diferencias que les distinguen en el ámbito privado. Los hombres en la esfera pública son considerados libres e iguales al prescindir de sus características diferenciadoras y así, haciendo abstracción de las diferencias, son considerados individuos, ciudadanos, titulares de derechos y libertades en un espacio que se rige por normas generales y abstractas, principios universales que se aplican por igual a todos y de manera imparcial. Esta es la esfera pública de la justicia, de la ley, de los derechos, en donde opera la igualdad. Por el contrario las mujeres pertenecen al mundo privado-doméstico que es el ámbito en el que se mantienen las características diferenciadoras, en donde las normas no son generales sino concretas y lo importante son los sentimientos y las necesidades de los otros, es la esfera de la atención y del cuidado y son las mujeres quienes lo dan pero

no quienes lo reciben. En esta esfera no hay derechos, ley ni igualdad, las mujeres no son titulares de derechos ni libertades y, por lo tanto, son no ciudadanas, y por supuesto, no son reconocidas como necesitadas de protección internacional.

b) Posición que sostiene que la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de la CG vía interpretativa

Actualmente es mayoritariamente aceptado¹⁷⁹ que la persecución por motivos de género tiene cabida dentro de los motivos ya previstos en la CG (Santolaya, 2000, 2011, Hathaway, 1991 y Musalo, 2005), en concreto dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social, aunque también en menor medida en motivos políticos (Kennady, 1998, Stevens, 1993). El ACNUR, en el párrafo 6 de sus *Directrices de género*, establece que: “aunque la definición de refugiado no hace referencia directa a la dimensión de género, es comúnmente aceptado que ésta puede influenciar o determinar el tipo de persecución o daño causado. Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951”.

Si bien no es necesario modificar la CG impera la necesidad de reinterpretar dicho instrumento desde una perspectiva de género para dar cabida a las experiencias de persecución de las mujeres y de otros grupos, y “que no predomine un punto de vista masculino que se quiera imponer como pretendidamente neutral tanto a hombres como mujeres” (Balbuena, 2004: 4).

Así resulta innecesario modificar la CG para introducir el género, pero es absolutamente imprescindible reinterpretar la Convención, considerándola como un

¹⁷⁹ Entre otros por el ACNUR, por las Guías de Género y jurisprudencia de países como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, entre otras. Todos estos países tienen publicadas guías o directrices dirigidas a las personas que tramitan las peticiones de asilo con el fin de dar pautas de actuación y directrices interpretativas ante los casos de peticiones de asilo realizadas por mujeres perseguidas por motivos de género y para interpretar la CG desde una perspectiva de género, es decir, teniendo en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres e intentando evitar que la experiencia masculina se convierta en el patrón pretendidamente neutral a aplicar a todas las peticiones de asilo. Estas guías no son vinculantes lo que dificulta su aplicación (Musalo, 2010).

instrumento vivo que fue adoptado por países civilizados con un fin humanitario, para proteger a las personas de formas de persecución cambiantes con el tiempo. Randal (2002: 283) afirma que “añadir el género como un motivo más no desplazará la necesidad simultánea de expandir la interpretación de las categorías existentes en el actual marco jurídico” ya que debido a la discriminación interseccional que sufren las mujeres (Crenshaw, 1989) éstas podrán ser perseguidas simultáneamente por varios motivos de los previstos en la CG.

Esta necesidad de reinterpretar la CG en el ámbito español ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por Gortazar (1997:134) al afirmar que “el principal problema que plantea la definición de refugiado contenida en el artículo primero de la CG es que deja sin cubrir situaciones que precisan una solución justa”. También por Trujillo Herrera (2003:140) al establecer que “la definición de refugiado por la CG se muestra inadecuada ante el nuevo escenario internacional, y ello por diversos motivos. No se aclara qué se entiende por persecución, ni las obligaciones que hay respecto de las personas con fundados temores de ser perseguidas por motivos diferentes de los cinco enunciados, por ejemplo, el sexo”.

La reinterpretación necesaria es la perspectiva de género, es decir, utilizar métodos feministas de análisis, tener en cuenta el género (Scott, 1990) y las experiencias de las mujeres (Mohanty, 1984) como categorías de análisis y entender el *gender mainstreaming* como una forma de contribuir a la teoría feminista realizando tareas propias del feminismo como sacar de la invisibilidad las experiencias de las mujeres y mostrar cómo un determinado sistema social pone a las mujeres en desventaja o las convierte en invisibles. Es decir entender el *gender mainstreaming* como lo hace Mestre (2008) como paradigma para analizar la realidad y realizar propuestas políticas, como estrategia integral para transformar la realidad institucional y como herramienta para incorporar el género de manera transversal. Esta interpretación pretende sacar de la invisibilidad a las mujeres y sus experiencias de persecución.

La necesidad de reinterpretar la CG desde una perspectiva de género viene expresamente reconocida en 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 Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*¹⁸⁰ (en adelante *Directrices de género del ACNUR*). En su párrafo 2, se establece que “es un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género, con el fin de determinar adecuadamente las solicitudes de condición de refugiado”.

La necesidad de aplicar la CG con perspectiva de género fue puesta de manifiesto por el ACNUR incluso antes de que se publicasen *las Directrices de género*, en febrero de 1996 cuando se celebró en Ginebra un Simposium sobre Persecución por motivos de género¹⁸¹. En la ponencia introductoria se puso de manifiesto que muchos de los intervinientes habían reconocido la necesidad de mirar las peticiones de asilo por motivos de género con una mirada fresca y no a través del prisma que se había venido llamando *realidad masculina* y no sólo en términos de violencia sexual (Bissland y Lawand, 1997). Quienes mantienen esta postura creen que sería posible reconocer el asilo por motivo de género dentro de los motivos actualmente existentes en la CG en el caso de que uno de estos motivos fuera interpretado de modo más amplio por parte de los tribunales. Sin embargo la judicatura tiene un elevado grado de discrecionalidad para reconocer o no el derecho de asilo y, al aplicar la definición de persona refugiada, han olvidado incorporar las específicas reclamaciones por motivos de género realizadas por las mujeres en la interpretación de otros motivos ya reconocidos en la Convención (Kelly, 1993).

Coincido con Crawley (2001) cuando afirma que la incapacidad de aquellos que deben decidir sobre la necesidad de protección internacional para reconocer y dar una respuesta adecuada a las peticiones de asilo no deriva del hecho de la CG no prevea expresamente la persecución por motivos de género sino que se debe a que la CG ha

¹⁸⁰ Disponible en *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* [Acceso 22 de diciembre de 2013].

¹⁸¹ Report of the UNHCR: “Symposium on Gender-Based Persecution”, en IJRL, Special Issues, Autum, 1997.

sido y es mayoritariamente interpretada desde un punto de vista masculino, tomando como modelo la experiencia de los varones. Como sostiene Minow (1988) una de las suposiciones del derecho que hay que superar es que quien juzga es imparcial. Ya hemos visto anteriormente con Haraway (1988) que la objetividad no existe sino que todo conocimiento es situado, como situada es la decisión que toma un/a juez que decide conceder o denegar protección internacional a las mujeres. Dicha resolución es tomada desde su propia ideología y, en algunos casos, ésta puede ser conservadora y patriarcal. Tal y como sostiene Mestre (2006) la imparcialidad no se identifica con la no-situación o la no-posición sino en la situación y posición desde el texto y el contexto constitucional, es decir, en la vinculación a la constitución desde la perspectiva de género. Es el contexto social y político en el que las peticiones de asilo de las mujeres son estudiadas y analizadas y la relación de las mujeres con el Estado lo que impide reconocer a las mujeres como refugiadas.

La CG debe ser interpretada teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 31.3 c) de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados* en donde se especifica que la interpretación de los tratados debe hacerse de conformidad con “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, es decir, de conformidad con lo previsto en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto generales como específicos que prohíben la discriminación por razón de sexo y que consagran derechos específicos de las mujeres. En segundo lugar, la CG debe interpretarse teniendo en cuenta todas las directrices de protección internacional, recomendaciones, guías, notas y conclusiones publicadas por el ACNUR en ejercicio de su misión de velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección de las personas refugiadas a las que he hecho referencia en el marco jurídico internacional. En tercer y último lugar, la CG debe interpretarse en concordancia con la jurisprudencia del TEDH dictada en aplicación de la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante consagrado en el artículo 3 del CEDH. Aunque el CEDH no prevé expresamente el derecho de asilo, el principio de *non-refoulement* es parte integrante de la prohibición del artículo 3 y, de este modo, el CEDH prevé lo que López Garrido

(1991), denomina asilo “indirecto” o “condicional”, tal y como he expuesto anteriormente.

El principal problema al que se enfrentan las mujeres que solicitan asilo es la incapacidad por parte de quienes deciden sobre su necesidad de protección de incorporar la noción de género y experiencia de las mujeres como categorías analíticas, en la interpretación que realizan de cada uno de los cinco motivos previstos en la CG, el no utilizar métodos feministas de análisis y no tener en cuenta la discriminación interseccional. Quienes deciden sobre la necesidad de protección internacional no han logrado reconocer la naturaleza política de los daños causados a las mujeres, como sucede cuando la violación es entendida como un acto de motivación privada. Por lo tanto el problema de la falta de reconocimiento de las peticiones de asilo por motivos de género no es el lenguaje utilizado en las leyes de asilo sino cómo se interpreta dicho lenguaje (Sinha, 2001).

Esta necesaria reinterpretación de la CG tiene que hacerse en relación con todos los componentes de la definición de persona refugiada: temor fundado de persecución, falta de protección estatal y agentes de persecución, alternativa de huida interna, y nexo causal, es decir, que la persecución o el daño se lleve a cabo por uno de los motivos de la CG. Reinterpretación sobre la que formularé una propuesta en el apartado que abordo los elementos integrantes de la definición de persona refugiada.

Aclarada mi posición, que no es necesario introducir el género como un nuevo motivo para lograr una mayor efectividad de la protección de las mujeres voy a abordar otro dilema: analizar cuál de los motivos previstos en la CG sería el más adecuado para subsumir la persecución por motivos de género. Tampoco existe consenso al respecto, aunque los casos de persecución por motivos de género son mayoritariamente subsumidos en la categoría de persecución por pertenencia a un determinado grupo social y, en menor medida, en la opinión política, real o imputada (Crawley, 2001).

Un sector doctrinal, con el que estoy de acuerdo, considera que la jurisprudencia en materia de mujeres refugiadas ha enfatizado demasiado la categoría de grupo social en detrimento de la opinión política. Incluyendo las peticiones de asilo de

mujeres dentro de persecución por pertenencia a un determinado grupo social, el concepto de mujer refugiada se construye como dependiente, como víctima vulnerable. Además, “se corre el riesgo de concentrar todas las demandas de asilo en una única categoría por el solo hecho de ser interpuestas por mujeres, independientemente de los motivos. Ello “puede generar [...] una rígida dicotomía entre ‘casos normales’ y ‘casos de mujeres’ que mantendría el carácter excepcional de éstos últimos” (Merino, 2012a: 262). La tendencia a incluir las peticiones de asilo que realizan las mujeres dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social se debe a dos motivos: uno, es la concepción restrictiva de la persecución por motivos políticos que expondré dentro de los problemas de encaje del género dentro del DIPR y, otro que en la legislación de asilo las mujeres son representadas como miembro de la unidad familiar¹⁸²: como madre, esposa, hermana, desempeñando su rol reproductivo y relegada al ámbito privado en donde experimentan las formas más íntimas de opresión. De este modo “existe una tendencia a denegar las peticiones de asilo por considerar que la persecución es privada y no vinculada con su estatus civil o político, en definitiva, no pública” (Kneebone, 2005: 10).

Por el contrario, si la persecución por motivos de género se subsumiera en motivos políticos predominaría un concepto de mujer refugiada menos dependiente y se reconocería su rol en el ámbito público. “Al determinar la noción de motivos políticos es de suma importancia entender como el activismo político de las mujeres, en sociedades en las que normalmente se les asigna un estatus subordinado, se manifiesta de modo diferente al de los hombres” (Folkelius y Noll, 1998: 627), tal y como expondré en detalle al abordar el concepto de “lo político” dentro de los problemas de encaje del género en el DIPR.

¹⁸² Por este motivo las cifras sobre mujeres refugiadas siempre se dan conjuntamente con la de niños y niñas refugiados/as por no considerar a las mujeres como individuos independientes sino en el rol de madres. “Esto resulta poco clarificador y oscurece las históricas diferencias de la posición de las mujeres y de los niños y niñas como refugiados y refugiadas y como solicitantes de asilo y las diferentes estrategias necesarias para asegurar una mayor inclusión y mejorar el acceso a la protección del asilo para cada grupo” (Bhabha, 2004: 229).

Recapitulando mi opinión es, por un lado, que una reinterpretación feminista de la CG puede incluir la persecución por motivos de género y que no es necesario modificarla para incluir el género como un motivo independiente de persecución. Por otro lado considero que la persecución por motivos de género es una persecución por opinión política, ya sea real o imputada. Frente a aquellos/as que sostiene que un enfoque del procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada que favorezca en todo caso el motivo de opinión política excluyendo el motivo de pertenencia a un determinado grupo social puede diluir las peticiones de asilo dentro de un enfoque androcéntrico que no reconozca las peticiones de asilo de las mujeres, sostengo que este enfoque androcéntrico puede evitarse si interpretamos la CG teniendo en cuenta todas las herramientas analíticas propuestas en la primera parte de este trabajo (concepto de género, concepto de experiencia de las mujeres y métodos feministas), entendemos el *gender mainstreaming* como lo hace Mestre (2008) y tenemos en cuenta la discriminación interseccional.

Comparto los argumentos esgrimidos por las autoras y autores citados en este apartado a favor de los motivos políticos para subsumir las peticiones de asilo por motivos de género y, además, sostengo que, en determinados casos, puede resultar más fácil que una mujer sea reconocida como refugiada por motivos políticos que por pertenencia a un determinado grupo social simplemente reconceptualizando “lo político” desde una perspectiva feminista, es decir, reinterpretando “lo político” y reconociendo las experiencias de las mujeres y las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Por otro lado, considero que la propia definición de grupo social es problemática porque trata a las mujeres como un grupo homogéneo y define el sexo como una característica innata e inmutable que plantea el sexo como biológico y no cultural y ello resulta especialmente problemático en relación con las peticiones de asilo realizadas por personas transexuales. Por eso propongo con Young (1994) entender que un grupo social no se define primariamente por un conjunto de atributos compartidos sino por un sentido de identidad que tienen las personas que lo integran.

Soy consciente de que mi postura, sostener que la persecución por motivos de género es una persecución política, tiene pocas posibilidades de ser reconocida por

quienes tienen la competencia para reconocer a una persona como refugiada debido a que supone una ruptura radical de los límites actuales entre lo público y lo privado, dicotomía que justifica el dominio masculino sobre las mujeres y la subdiscriminación de éstas (Barrère 2013, Mestre, 2013) y, ya hemos visto anteriormente con Barrère (2008) las reticencias del derecho a aceptar este tipo de argumentos. Por ello, pese a sostener que la persecución por motivos de género es una persecución política, reconozco que subsumir las peticiones de asilo realizadas por motivos de género dentro de la categoría de grupo social, salvando los obstáculos para conseguirlo que luego expondré, puede tener mayor aceptación por parte de los tribunales por no desafiar los límites entre lo público y lo privado. No obstante es importante tener en cuenta que “el recurso al cajón de sastre de ‘grupo social determinado’ no debe, en ningún caso, obviar la naturaleza política o ideológica que, a menudo de manera indirecta, se halla en el fondo de las actividades perseguidas” (Arenas: 2009: 102).

IV. LOS PROBLEMAS DE ENCAJE DEL GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

1. El concepto de género

Parto del concepto de género propuesto por Joan Scott (1990), es decir, el género como una categoría de análisis y un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y, por otro lado como una forma primaria de relaciones significativas de poder. Descartaba la utilización del término género como sinónimo de mujeres y/o sexo, o como opuesto a sexo (el *sistema sexo/género* de Gayle Rubin). En la legislación de asilo, el término género es utilizado en dos sentidos, como sinónimo de sexo o como contrapuesto a sexo en donde el *género* hace referencia a todo el conjunto de elementos socioculturales que, diseñados en un momento histórico concreto, se inscriben en el cuerpo *natural*, el sexo.

Un ejemplo de utilización del término sexo como sinónimo de género ya lo he mencionado anteriormente al abordar el marco jurídico en materia de asilo. Así la Directiva 2011/95 de reconocimiento utiliza el término sexo al referirse a las

características que pueden configurar un grupo social y la ley de asilo 12/2009, al transponer dicha directiva, en lugar de utilizar el término sexo utiliza el término género como sinónimo.

El concepto de género como opuesto a sexo es el concepto de género utilizado por el ACNUR en las *Directrices de género del ACNUR*. Según este organismo, “mientras que *sexo* se refiere simplemente a la descripción biológica de hombre y mujer, es decir, a los atributos físicos, el *género* se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, y son asignadas a uno y otro sexo”.

El primer modo de entender el género identifica el género con el sexo, con la biología, implicando que el género es un hecho fijo y objetivo de una persona. El segundo modo de entender el género, como contrapuesto a sexo supone entenderlo como una mera categoría descriptiva que, si bien distingue lo biológico de lo cultural, no sirve para explicar cómo se construye la diferencia entre los sexos ni las distintas formas que asumen las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y está basada en una dicotomía que busco superar. Esta distinción no captura su naturaleza relacional, el rol de las relaciones de poder (Tubert, 2003: 7-8) ni el modo en que las estructuras de subordinación se reproducen, eliminando la potencialidad analítica de la categoría género. Esta acepción tan limitada del género permite que algunos problemas que sufren las mujeres sean entendidos como el producto de una cultura particular, o se interprete que son debidos a la falta de participación de las mujeres en la esfera pública, o a la falta de información y de habilidades por parte de las mujeres, e invisibiliza el modo en que el género moldea el mundo. Requiere a las mujeres que cambien pero no a los hombres, dejando intactos, sin cuestionar los roles e identidades masculinas como si fueran naturales e inmutables. De ahí su incapacidad para apuntar hacia interpretaciones alternativas de la realidad que envuelve a las mujeres.

Por otro lado no hay que perder de vista que las relaciones de género y las diferencias de género son cultural, histórica y geográficamente específicas, de modo

que lo que significa “ser un hombre o ser una mujer” y la forma en que se ejerce el poder por parte de los hombres sobre las mujeres varía en cada lugar y con el tiempo. Por lo tanto cualquier análisis de la manera en que el género moldea las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo debe contextualizar dichas experiencias (Mohanty, 1984, Mestre, 2006).

En el contexto del asilo utilizar el término género como sinónimo o como opuesto al sexo puede conducirnos a llevar a cabo generalizaciones sobre las experiencias de las mujeres y estas generalizaciones son problemáticas por varias razones (Crawley, 2001, Mohanty, 1984). En primer lugar, pueden conducirnos a no entender adecuadamente lo que significa “persecución por motivos de género” en cada contexto. Con el fin de comprender y dar una respuesta adecuada al rol del género en modelar las experiencias de persecución de las mujeres es importante tener en cuenta la relación del género con los elementos de la definición de persona refugiada. Centrándose en el temor fundado de persecución y el nexo causal entre la persecución o daño sufrido y uno de los motivos de la CG, Crawley (2001) distingue entre “persecución sufrida por las mujeres en razón de su sexo” y “persecución por motivos de género”. El primero hace referencia al tipo de daño grave que se inflige dentro del significado de persecución y, el segundo es utilizado para explicar el motivo por el que se pide asilo, es decir los motivos de persecución, la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y motivos políticos. Existen daños que son específicamente dirigidos contra las mujeres por ser mujeres como la violación (Scialabba, 1997), la mutilación genital femenina, la violencia machista en pareja, etc. y, así por ejemplo, una mujer puede ser perseguida por motivos étnicos con un tipo de violencia prototípicamente dirigida contra las mujeres como la violación para que engendre un/a hijo/a del perseguidor de otro origen étnico, mientras que un hombre perseguido por los mismos motivos, lo más probable es que sufra otro tipo de daños, como por ejemplo mutilación de un miembro o que sea obligado a presenciar la violación de la esposa. Santoylaya (2000) denomina a estas prácticas “prácticas de persecución diferente entre los sexos”. No es en absoluto infrecuente que las autoridades que persiguen por igual a hombres y mujeres lo hagan de manera distinta, teniendo en cuenta la diferente repercusión del castigo por el sexo de sus

víctimas en busca del mayor daño posible, utilizando, por ejemplo abuso sexual para las mujeres o golpeando públicamente a los hombres en sociedades en las que ese hecho supone la pérdida de todo respeto social y autoridad familiar de los varones que lo sufren. Por ello es relevante tener la información necesaria sobre diferentes formas de persecución y de lo que supone en cuanto a degradación social en un país concreto la misma causa de persecución (Santolaya, 2000).

Por motivos de género son perseguidas todas aquellas personas, tanto hombres como mujeres, que desafían el poder y dominio que los hombres ejercen. Se les castiga por revelarse contra el *status quo* que el patriarcado quiere mantener, por no adaptarse a los patrones de lo que social y culturalmente se construye como la masculinidad o feminidad normativa en cada contexto cultural¹⁸³. La sociedad impone modelos de conductas esencializándolas y naturalizándolas y “castiga a aquellas personas que se apartan de dichas normas y les atribuye conductas ‘desviadas’, negándoles el respeto y el reconocimiento” (Juliano 2004: 63). En muchos casos, el maltrato hacia las mujeres es debido, no sólo al hecho de ser mujer, sino al hecho de no ser una mujer “adecuada” (Crawley, 2001, Spijkerboer, 1994).

El tipo de daño con el que se puede castigar por desafiar el poder y dominio masculino puede ser de los que prototípicamente se dirigen contra las mujeres como violación, mutilación genital femenina, matrimonios forzosos, violencia machista en pareja, trasgresión de determinados códigos de conducta, u otro tipo de daño con el que también se suele castigar a los hombres, por ejemplo, detención y tortura. Sin embargo la distinción entre daños infligidos por razón de sexo y persecución por motivos de género en muchos casos será muy difícil de delimitar porque normalmente a las mujeres no se las persigue solo por el mero hecho de ser mujeres sino por ser mujeres que no se adaptan a la normatividad femenina, que no aceptan las relaciones de poder que las mantienen “subdiscriminadas” (Barrère, 2013, Mestre, 2013). Por ejemplo, si se persigue a una mujer por ser una activista política violándola puede

¹⁸³ Amorós (2000: 256) sostiene que “a través del ‘género’ se atribuyen y distribuyen unas características y unas expectativas a cada ‘sexo’, de modo que queda determinado lo que puede considerarse la esencia de ‘lo masculino’ y ‘lo femenino’”.

interpretarse que se la persigue por motivos políticos con una forma de violencia de las que prototípicamente se dirigen contra las mujeres, o puede interpretarse que la mujer, con su activismo político, está desafiando el rol que el patriarcado le ha asignado al osar inmiscuirse en la esfera pública de la política reservada a los varones y, por tanto, perseguida por motivos de género y con un tipo de daño infligido por razón de su sexo. También podría ser perseguida por motivos de género con un tipo de daño no prototípicamente sufrido en razón de su sexo, cuando se la detiene por ser una activista política y se la tortura como a un varón.

Por lo tanto es necesario tener en cuenta la diferencia que existe entre la persecución por razón de sexo como daño y la persecución por motivos de género como motivo para solicitar asilo, pero también es necesario ser conscientes de que los límites entre ambas y entre otros motivos de persecución no es clara. Habrá que tener en cuenta además que las mujeres podrán ser perseguidas por confluir varios motivos, es decir, por sufrir discriminación interseccional y puede ser muy difícil determinar si se persigue por motivos de raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. Además a las mujeres, en mi opinión, en la mayor parte de los casos no se las persigue por el simple hecho de ser mujeres sino por no ser mujeres no “adecuadas” para mantener su estatus de subordinación y opresión bajo el dominio masculino (Young, 1990). Aún en el caso hipotético que pudiera existir una persecución que lo sea por mera razón de sexo, dado que las mujeres experimentan las mismas dificultades para que se reconozca su necesidad de protección internacional tanto en los casos de persecución por razón de sexo (como daño) como en los casos de persecución por motivos de género (motivos de persecución), cuando hablo de persecución por motivos de género en este estudio me refiero a ambos casos sin que ello deba interpretarse como que utilizo el término sexo como sinónimo de género.

Dentro de la persecución por motivos de género se incluyen también las peticiones de asilo por orientación e identidad sexual, ya que estas persecuciones se producen por no adaptarse a la sexualidad normativa que es la que practica el “hombre normativo”, esto es, la heterosexual. En la sociedad patriarcal jerarquizada,

las mujeres y las personas con una orientación e identidad sexual diferente a la heterosexual han sido considerados *los/as otros/as*¹⁸⁴, por no adaptarse a la heterosexualidad como “paradigma del sexo en la supremacía masculina” (MacKinnon, 1995: 306)

También se puede perseguir por motivos de género a un hombre heterosexual, rompiendo con la idea de que sólo las mujeres heterosexuales o lesbianas y hombres homosexuales o bisexuales y transexuales pueden ser perseguidas/os por motivos de género. Pensemos en supuestos en que a un hombre se le practica la esterilización forzosa dentro de las políticas de planificación familiar coercitivas (Oxford, 2005), o casos de hombres a los que se les castiga por tener relaciones con una mujer comprometida con un hombre elegido por el padre de ésta, etc.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que entre las mujeres hay diferencias sustanciales según el contexto o país de origen o residencia habitual. Las experiencias de persecución y el proceso de determinación de la condición de persona refugiada vendrán moldeados por las diferencias de raza, clase, orientación sexual, edad, estado civil, situación socioeconómica, etc. La tendencia a tratar a las mujeres como un grupo homogéneo con el fin de enfatizar la manera en que las experiencias de las mujeres han sido marginadas dentro del discurso dominante nos lleva a ignorar diferencias fundamentales entre las mujeres. El problema de este enfoque es que se contrapone la experiencia masculina de persecución con una experiencia de persecución femenina y, de este modo, generalizamos sobre la experiencia de persecución de las mujeres (Mohanty, 1984, Harris, 1990), tendiendo a sobredimensionar la violencia sexual (Oxford, 2005) frente a otros modos de represión que son experimentadas por las mujeres en sus países de origen.

Un efecto no deseado que se deduce de simplemente añadir a las “mujeres” a análisis ya existentes, sin entender las diferencias que existen entre ellas es que las mujeres son únicamente percibidas como víctimas. Las mujeres refugiadas son vistas

¹⁸⁴ Me refiero al concepto de *Otredad* de Simone de Beauvoir (2000:16), “la categoría de *la Otra* sirve para explicar la división de la sociedad en dos grandes grupos: el de los hombres que es el opresor y el de *las OTRAS*, las mujeres que son las oprimidas”.

como pobres, impotentes y vulnerables mientras que las mujeres occidentales son modernas, instruidas y sexualmente liberadas (Mohanty, 1998). Mohanty (1984) examina las presunciones que nos muestran cómo funciona ese discurso colonizador al contribuir a la creación de las “mujeres del tercer mundo” como un bloque indiferenciado:

1. Se parte de la presunción de “mujeres” como grupo ya constituido y coherente, con intereses y deseos idénticos sin importar la clase social, la ubicación o las contradicciones raciales o étnicas;
2. Se parte de una noción de diferencia sexual, o incluso de una noción de patriarcado, que puede aplicarse de forma universal y a todas las culturas;
3. La ausencia de crítica con la que se presenta la “evidencia” que sustenta la universalidad y la validez para todas las culturas, y
4. El modelo de poder y la lucha que implican o sugieren, asumiendo una noción homogénea de la opresión de las mujeres como grupo que, a su vez, produce la imagen de una “mujer promedio del Tercer Mundo”.

Esto a su vez conduce a la despolitización y descontextualización de las experiencias de persecución de las mujeres y su conceptualización como víctimas pasivas de la opresión masculina o de culturas, religiones o tradiciones opresivas. Pero las mujeres ni son un grupo homogéneo ni son víctimas pasivas de la dominación patriarcal sino que son actores sociales que acarrean las contradicciones implícitas de su raza, clase y de su sexo, y su agencia y capacidad de resistencia no debe ser subestimada (Crawley, 2001).

La construcción del concepto de mujeres refugiadas utilizado por el ACNUR desde 1985, en que publica su primera conclusión sobre mujeres refugiadas, es como víctimas, físicamente vulnerables, como objeto sexual, particularmente si no son parte de una unidad familiar. Es decir, se ha construido el concepto de mujeres refugiadas de conformidad con la concepción patriarcal de la familia con un hombre como cabeza de familia que es el protector. Como apunta Meyersfeld (2003:380) “el término ‘víctima’ impone a la mujer una imagen de vulnerabilidad y debilidad que perpetúa su estatus

de subordinación”. Pese a que en documentos más recientes el ACNUR ha intentado construir el concepto de mujer refugiada como sobreviviente, haciéndola partícipe en la toma de decisiones más que como víctima, el primer enfoque es el que se ha transmitido a las leyes de asilo y a la jurisprudencia actual (Kneebone, 2005). Llevar a cabo generalizaciones histórica y geográficamente específicas y contextualizadas en relación con las mujeres que solicitan asilo nos permitirá entender mejor, entre otras cosas, que algunas mujeres no manifiesten haber experimentado algún tipo de violencia sexual si las entrevista un varón o en presencia de sus familiares masculinos, por el temor de ser culpabilizadas de dicho acto, estigmatizadas o repudiadas por su familia; que algunas mujeres desconozcan que haber experimentado violencia sexual u otros tipos de violencia contra las mujeres sea una razón por la que pueden solicitar asilo; que algunas mujeres tienen mayores dificultades que otras para conseguir un pasaporte con el que poder viajar legalmente a un tercer país en el que pedir protección internacional, o mayores dificultades para abandonar su país de origen por la existencia de normas o costumbres sociales que les impidan viajar sin compañía masculina; que mujeres con menor acceso a la educación van a tener mayores dificultades para expresar sus experiencias de persecución, sin que ello deba repercutir negativamente en su credibilidad, etc.

Institucionalizando las diferencias entre las mujeres a nivel de discurso y de análisis feminista, se da una nueva perspectiva al proyecto feminista (Mestre, 2006), evitando el peligro de caer en el esencialismo al asumir que todas las mujeres tienen similares atributos y experiencias ignorando la influencia que otras variables como la raza, clase, riqueza y la preferencia sexual puede tener en la posición de las mujeres (Spelman, 1988). Pese a la institucionalización de las diferencias de las mujeres podemos seguir hablando de “mujeres” o “grupo de mujeres” en un sentido específico, el propuesto por Nicholson (1994) en su teorización sobre el concepto *mujer*, tal y como ya he expuesto, como “un mapa en el que se entrecruzan las semejanzas y las diferencias. En ese mapa el cuerpo no desaparece; por el contrario, se convierte en una variable histórica específica, cuyo valor y significado se reconoce como un hecho potencialmente diferente cuando varía el contexto histórico”.

Entender el género como lo define Joan Scottt y tener en cuenta las experiencias de las mujeres (Mohanty, 1984) permite un enfoque compatible con la especificidad, diversidad y heterogeneidad, visibiliza el modo en que el género moldea el mundo y cómo las mujeres son oprimidas en diferentes contextos dependiendo de las relaciones de poder. Ello permite interpretar la realidad inmediata que envuelve a las mujeres que piden asilo de un modo alternativo que puede facilitar su reconocimiento como refugiadas o como beneficiarias de protección subsidiaria. De este modo llevamos a cabo una de las tareas metodológicas de los feminismos postcoloniales cual es “historizar y contextualizar las formas que asumen las relaciones de género para evitar el universalismo feminista” (Hernández Castillo, 2002).

2. La dicotomía público-privado y el concepto de “lo político”

En la primera parte de este estudio puse de manifiesto la necesidad de utilizar métodos feministas de análisis de la legislación para desafiar las actuales estructuras de poder (Bartlett, 1990). Utilizando métodos feministas intento cuestionar la supuesta pretensión de universalidad, objetividad e imparcialidad del DIPR e insistir en la importancia de tener en cuenta las relaciones de género y las experiencias de las mujeres. Para ello es necesario sacar a la luz determinadas suposiciones, principios y reglas del DIPR aparentemente neutrales, pero que no lo son ya que operan de modo diferente para hombres y para mujeres, visibilizar como muchos conceptos básicos del DIPR están mediatizados por el género con el fin de reinterpretar las normas para adecuarlas a las experiencias de las mujeres y diseñar estrategias para afrontar estas situaciones. También proponía tres métodos feministas siguiendo a Bartlett (1990): 1. “asking the woman question”, convirtiendo la “woman question” en la “question of the excluded”, la cuestión de los y las excluidos/as para profundizar en otros sistemas de exclusión diferentes al sexo. 2. Razonamiento práctico feminista y 3. Creación de conciencia.

El primero de estos métodos saca a las mujeres de la invisibilidad y cuestiona al sujeto de las normas. Por un lado trata de constatar que el derecho regula en masculino en el sentido de que, dada una situación *humana* concreta, la experiencia o los intereses regulados, reflejados, recogidos y protegidos por el derecho coinciden en

lo que sería la experiencia masculina de dicha situación, y este hecho implicaría una desventaja para las mujeres (Cook, 1994a, Mestre, 2006). Por ejemplo, en los casos en los que la actividad política de las mujeres no encaja dentro de lo que se denomina política “convencional/formal” los motivos políticos de la CG han sido interpretados tomando como modelo la experiencia masculina de lo que es ejercer política en la esfera pública, y las actividades desempeñadas en la esfera privada asignadas a las mujeres son percibidas como inherentemente apolíticas. De ahí la dificultad de reconocer a las mujeres como refugiadas por motivos políticos. Por otro lado, habría toda una serie de experiencias o vivencias más comunes en las mujeres que en los hombres que estarían por regular. No es que estén reguladas en masculino sino que, como no hay experiencia masculina equiparable, no están reguladas ni protegidas o quedan al margen de la ley y producen una desventaja o indefensión de las mujeres que se encuentran en esta situación (Mestre, 2006), como sucede con la violencia contra las mujeres o la violación de derechos sexuales y de derechos reproductivos. De aquí deriva la dificultad de reconocer a las mujeres como refugiadas por motivos de género.

Preguntarnos por la “woman question” en relación con el DIPR, supone desvelar las suposiciones de género sobre las que se asienta esta rama del DI y lo que éstas implican, es decir, tener en cuenta las experiencias o valores asociados con lo femenino para la interpretación de las experiencias de persecución de las mujeres. Como ya puse de manifiesto, el enfoque desde el que parte este trabajo es la teoría feminista del derecho como una crítica al derecho y al modo en que éste se aplica, partiendo del derecho como un sistema profundamente “generizado” que crea la diferencia y sirve para reforzar la dominación masculina (Crawley, 2001, Mestre, 2006). La teoría feminista del derecho busca dar respuestas a las siguientes preguntas: si el derecho tiene en cuenta las experiencias de las mujeres y cómo, cuál es el rol del derecho en perpetuar este sistema generizado y cómo el derecho puede ser un vehículo de cambio. En definitiva exponer las barreras de género de un sistema aparentemente neutral que revela las suposiciones que subyacen y que se traducen en una desventaja para las mujeres. La principal barrera es la dicotomía público privado y cómo ésta afecta a la conceptualización de “lo político”.

Los términos “público” y “privado” son utilizados para referirse a la distinción entre Estado y sociedad, entre lo no doméstico y la vida doméstica. En ambas dicotomías, el Estado es concebido como lo público y la familia, la vida íntima y doméstica como lo privado (Okin, 1998). Esta distinción es ideológica en el sentido de que presenta a la sociedad desde un punto de vista masculino y permite ignorar la naturaleza política de la familia, la relevancia de la justicia en la vida personal y, en consecuencia, gran parte de las desigualdades de género. Esto es lo que ha permitido que temas relevantes para las mujeres, como la violencia infligida contra ellas, hayan sido ignorados o subestimados y que se haya despolitizado las formas y motivos de persecución. Esta dicotomía público privado es inherente a la CG y desafiarla tiene grandes implicaciones para el reconocimiento de las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo. Pese a que la definición de persona refugiada de la CG, teóricamente, no excluye la experiencia de las mujeres, en la práctica, la dicotomía público/privado es utilizada de tal manera que lo que las mujeres hacen o lo que se les hace es irrelevante para el DIPR (Crawley, 2001). Desde este punto de vista, la política es percibida como terreno masculino y las actividades políticas de las mujeres han sido consideradas marginales, situadas en la periferia o inexistentes. Por el contrario, Young (1990:23) afirma que la política “no se identifica con las actividades de gobierno o con las organizaciones formales que defienden intereses de grupo”. Esto sería lo que se entendería como política por la teoría de la democracia liberal. Pero para el feminismo (no liberal) la participación política se aleja bastante de este concepto.

No es necesario participar en las instituciones estatales o en las organizaciones reconocidas por el Estado para participar políticamente. Engrosar manifestaciones, movimientos y asociaciones, potenciar foros y espacios de discusión en distintos espacios (también académicos), por no hablar del activismo en la red, es también participación política, aunque esto implique poner en cuestión la manera en la que se entiende por tal en el modelo de democracia liberal, demasiado acostumbrada a reducir la participación política a la posibilidad de votar y de afiliarse a partidos, así como a la práctica por éstos del juego de las mayorías parlamentarias (Barrère, 2013: 51).

La interpretación más común de lo político es lo que se entiende como tal por la democracia liberal y es el criterio fundamental seguido por el DIPR para reconocer a una persona como refugiada. Es un concepto centrado en la esfera pública dominada por los hombres que reconoce pocas actividades llevadas a cabo en la esfera privada por parte de las mujeres como políticas (Indra, 1989).

Este modo de entender lo político es problemático porque no tiene en cuenta el contexto en el que acontece la participación política o la resistencia de las mujeres y nos conduce a tener una idea errónea de la identidad política de las mujeres. En muchos contextos la resistencia política de las mujeres es menos formal que la de los hombres y tiene lugar en la esfera privada del hogar. Todas estas actividades desempeñadas por las mujeres son vitales para la subsistencia de una organización política, y el conocimiento que las mujeres pueden adquirir sobre las actividades de la organización las puede poner en peligro de ser perseguidas. Las mujeres, en sus roles no públicos, ni carecen de poder ni son seres humanos apolíticos. Sólo teniendo en cuenta estas actividades femeninas podemos abordar adecuadamente la participación política de las mujeres y entender por qué las mujeres que solicitan asilo pueden tener temor fundado de ser perseguidas por motivos políticos. Spijkerboer (1994) sostiene que las actividades no son en sí mismas políticas o apolíticas sino que depende del contexto: que estas actividades puedan o no legitimar la concesión de protección internacional dependerá de la reacción de las autoridades estatales o no estatales del país de origen. Por ejemplo, cocinar puede ser interpretado como un acto privado e irrelevante políticamente, sin embargo, si se cocina para los oponentes políticos de las autoridades gubernamentales, el acto de cocinar puede ser interpretado como político por estas autoridades.

Por ello, actividades comúnmente asociadas con mujeres y que acontecen en la esfera privada de la casa o de la comunidad, o en los límites de lo público y lo privado, no son menos políticas que aquellas actividades que tiene lugar en el ámbito público. El peligro estriba en que las actividades de las mujeres sean tomadas menos en serio porque se asuman sin más como privadas y, por lo tanto, como no relevantes para el DIPR preocupado sólo por lo público.

Es necesario entender que los límites entre los espacios público y privado no son fijos ni rígidos y que situar cualquier análisis en los confines de dichos límites refuerza las relaciones de poder preexistentes. Pese a que no existe un acto público o privado *per se* esta distinción constituye la base de las decisiones sobre si una mujer merece o no ser protegida por la CG (Spijkerboer, 1994). Sin embargo, hay que tener en cuenta el lema feminista “lo personal es político”, entendiéndolo como nos sugiere Barrère (2013), es decir, no sólo como una demanda de extensión de la protección estatal a lo “privado” sino también como el *proceso* que transforma en “política” la experiencia personal compartida por las mujeres en los grupos de autoconciencia.

Los temas que en ellos se debatían eran las experiencias personales en torno a la sexualidad, la familia, la maternidad, los sentimientos, esto es, aquellos temas considerados personales y privados y, por tanto, sin trascendencia política, que ahora eran analizados como causas de la opresión de las mujeres y ponían de relieve cómo las relaciones personales son políticas. Con ello ponían en práctica el lema de la época, “lo personal es político”, a la vez que abrían nuevos espacios para el entendimiento de la política: ésta ya no se reducía a la actuación estatal, sino que, por ejemplo, un grupo de mujeres reunidas en la cocina con la finalidad de debatir sobre su identidad y sus relaciones, escuchar sus relatos sobre esa identidad y decidir cómo alcanzar un reconocimiento eran *en sí* una actuación política. Estaban creando un espacio público de reconocimiento, compartiendo un mundo común y unos intereses comunes, haciendo de sus vidas mismas una actuación política (Mitchell, 1971: 59).

Preguntarse por la *woman question* en relación con “lo político” desafía los modelos dominantes y amplía el concepto de lo político, sus formas y prácticas, reivindicando la fluidez de los límites entre los espacios públicos y privados. Hay que tener en cuenta que las diferencias entre hombres y mujeres en la participación política han sido exageradas. Los motivos políticos, cuando son alegados por los hombres, son sin duda los menos disputados de los previstos en la CG porque implican una relación directa con el Estado. Esto viene reflejado por el hecho de que, en general, cuando se habla de asilo o refugio se utiliza la expresión “asilo político” o

“refugiado político” pese a que la CG prevé otros cuatro motivos de persecución. Así desde un análisis masculino de lo político se sostiene que las mujeres participan menos en política que los hombres, que la política es “más natural” para hombres y que las mujeres están más interesadas por temas morales o sociales. Si las mujeres son políticamente activas, su actividad es menos “auténtica” que la de los hombres y está basada en un comprensión de lo político carente de todo grado de sofisticación (Crawley, 2001). Siguiendo con este razonamiento masculino, dado que es menos frecuente que las mujeres participen o se impliquen en política, el concepto de opinión política de la CG será poco probable que sea el principal motivo por el que las mujeres van a ser perseguidas (Castel, 1992). Sin embargo, un análisis feminista de las relaciones entre sexos y la política sugiere que, pese a que no se puede ignorar que existen diferencias entre hombres y mujeres en relación con la participación política, estas diferencias no deben ser exageradas ni basarse en estereotipos sin ninguna base empírica. Las diferencias entre hombres y mujeres han sido exageradas con la presunción de que el “entorno político” (partidos políticos, sindicatos, etc.) es neutro al género. Sin embargo el entorno político es menos receptivo a las mujeres que a los hombres y, por esta razón, el perfil político de las mujeres puede ser diferente al de los hombres. La marginación de un determinado grupo de la política no es un simple reflejo de la posición social o de las innatas habilidades de dicho grupo para dedicarse a la política sino que tiene que ver con la distribución de roles, de estatus y de poder, así como de la definición misma de lo político. En muchos lugares del mundo a las mujeres se les impide participar en política por tener que asumir obligaciones domésticas, costumbres locales, pobreza, analfabetismo o falta de educación, etc. Esto se refleja en la menor participación de las mujeres en temas políticos en las altas esferas de poder. No olvidemos que por el contrato social se produjo la exclusión *de iure* de las mujeres del mundo de lo político-público y se les asignó como natural el espacio privado-doméstico no político. Esta exclusión originaria *de iure* de las mujeres las ha mantenido excluidas *de facto* posteriormente y hasta la fecha (Barrère, 2013).

De esta marginación de las mujeres en política se pueden deducir dos consecuencias:

1. Que el riesgo de sufrir un daño por participar en política puede ser superior para las mujeres que para los hombres porque pueden ser castigadas no sólo porque están en contra de un régimen político sino también contra la ideología patriarcal siendo políticamente activas, desafiando la dicotomía público-privado y la asignación del espacio privado como el apropiado para las mujeres. Agger (1992) y Pettman (1996) sostienen que las mujeres que invaden el terreno masculino simbólico de la política son percibidas como fuera del control masculino y una amenaza a los límites de género. Por eso las mujeres que se dedican a política pueden ser perseguidas por ser percibidas como una amenaza al poder político establecido y como “mujeres peligrosas”, “poco adecuadas”. De este modo pueden ser muy vulnerables a violencia que pretenda “ponerlas en su lugar”, es decir, restituir las al ámbito privado natural asignado del que no deberían haber salido nunca; y

2. Que las mujeres encuentran modos informales de ejercer influencia en lo político. En las sociedades en las que a las mujeres se les asigna un estatus subordinado y los hombres ejercen su autoridad oprimiéndolas, la protesta y activismo político de las mujeres no se manifestara del mismo modo que la protesta o activismo masculino, ya que el perfil político de las mujeres será menos convencional y relacionado con su rol reproductivo, pero no por ello de menor magnitud. Visibilizar estas actividades de las mujeres como políticas es reconocer la implicación de las mujeres en política y supone desafiar la división entre el mundo público de la política y el empleo del mundo privado de la familia y de las relaciones interpersonales. Incluso en aquellos supuestos en que las mujeres no parece que salgan de su espacio doméstico en un conflicto político, normalmente ejercen un poder político simbólico, muchas veces encubierto. Estas formas de participación política, que subvierten los roles de las mujeres como proveedoras y cuidadoras, están cada vez más documentados, lo que también sugiere que las mujeres, en la medida que son percibidas como sujetos no políticos, pueden utilizar esta circunstancia para tomar iniciativas o responsabilidades de una naturaleza política oculta. Un ejemplo lo tenemos en las estrategias de supervivencia colectiva utilizadas predominantemente por mujeres pobres, de clase trabajadora actuando en sus roles de madres y esposas: las cocinas comunitarias en América Latina devinieron una forma de protesta política

contra el hambre y el desempleo¹⁸⁵. Aunque las mujeres, inicialmente, no percibían sus propias actividades como políticas, posteriormente sí las vieron como tales al ser percibidas por las autoridades como políticas.

Los límites entre lo público y lo privado, tanto conceptualmente como en la realidad, son mucho más fluidos de lo que se asume al llevar a cabo el proceso de determinación de la condición de persona refugiada. Ello demuestra la necesidad de un nuevo enfoque en la conceptualización de “lo político” que tenga en cuenta la fluidez existente entre los límites de lo público y de lo privado, tenga en cuenta las relaciones de género y la realidad de las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo, es decir, un enfoque que permita preguntar por la *woman question*. Hay que permitir que el género infecte el modo en el que conceptualizamos lo político desde una mirada feminista (Jones y Jonasdottir, 1988). Este enfoque ha de reconocer también que las experiencias femeninas de lo político y los conflictos con el Estado son muy diversos. Hay que examinar tanto el rol que juegan diferentes grupos de mujeres en política convencional y no convencional para recoger la diversidad y heterogeneidad de las experiencias de las mujeres.

3. Limitaciones procedimentales

Connors (1997) sostiene que para lograr una protección igual de las mujeres refugiadas es importante asegurar que los procedimientos de determinación de la condición de persona refugiada tengan en cuenta sus intereses y necesidades. A su vez, la Conclusión N° 73 del Comité Ejecutivo del ACNUR (1993) “insta a los Estados a que garanticen el igual acceso de mujeres y hombres a los procedimientos de determinación de la condición de persona refugiada”. Las personas que quieren solicitar asilo tienen serias dificultades, tanto técnicas como psicológicas, al presentar sus solicitudes y estas dificultades se intensifican en el caso de las mujeres solicitantes de asilo porque los procedimientos legales han sido modelados sobre la presunción de

¹⁸⁵Otro ejemplo puede ser el constituido por las Madres de la Plaza de Mayo de Argentina que han tomado el espacio público para exigir a las autoridades que les devuelvan a sus familiares desaparecidos durante la dictadura militar iniciada en 1976.

que la persona que solicita protección internacional es un hombre políticamente activo perseguido por el Estado. El resultado es que en el procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada no se tiene en cuenta las experiencias de persecución de las mujeres, siendo éstas simplemente percibidas como dependientes, mujeres, hijas o madres. En este caso o cuando sufren una persecución similar a la que sufren los hombres sus demandas de asilo suelen tener más fácil acogida (Arenas, 2009). Una prueba de ello es que la información normalmente disponible sobre la condición y posición de las mujeres y sus derechos humanos en el país de origen suele ser inexistente pese a ser absolutamente necesaria para valorar la petición de asilo. Además la posibilidad de obtener dicha información viene limitada por el poco tiempo disponible para formalizar la petición de asilo. Como hemos visto, en España los plazos para formalizar una petición de asilo son un mes, si la petición se realiza dentro del territorio español, y nada más llegar si la petición de asilo se formaliza en una frontera. Hay que recordar que en este último procedimiento, la petición de asilo puede inadmitirse o denegarse de manera acelerada en el plazo máximo de cuatro días, y que, en todo caso, la duración máxima de la fase de admisión a trámite del proceso en frontera es de ocho días. Debido a estos plazos tan breves, puede que no sea posible obtener información sobre el país de origen, pruebas médicas o de otro tipo, o que mujeres que hayan sido violadas o víctimas de otro tipo de abuso sexual no tengan acceso servicios médicos o psicológicos.

Ya hemos visto que las peticiones de asilo se realizan mediante una comparecencia personal y entrevista individualizada. Las mujeres que sufren trauma tras una violación o tras haber experimentado violencia machista en pareja son entrevistadas nada más llegar sin tener en cuenta que pueden necesitar tiempo o tratamiento médico para poder hablar de dichas experiencias. Las mujeres que llegan a un país de asilo como parte de la familia son entrevistadas brevemente, incluso en aquellos casos en que los temores de persecución de la mujer puedan ser mayores que los del esposo. Subsumir las peticiones de asilo de las mujeres dentro de la petición de asilo del *cabeza de familia* masculino convierte a las mujeres en invisibles y esta invisibilidad se traduce en desventaja cuando la petición de asilo de la mujer puede ser por un motivo más fuerte que la del esposo, por ejemplo cuando la mujer tenga

miedo a ser sometida a violencia sexual si es retornada (Bhabha, 2004). A toda mujer que es incluida en la petición de asilo como un miembro de la familia se le debe informar en privado de la posibilidad que tiene de realizar una petición de asilo por separado, para que pueda expresar sus propias experiencias. No identificar que una mujer tiene razones para pedir asilo por derecho propio desde un momento inicial puede tener consecuencias legales perjudiciales, ya que el retraso en solicitar asilo suele ser interpretado en contra de la credibilidad de la solicitante. Por otro lado, si quien pide asilo es sólo el esposo, esto puede tener también consecuencias negativas para la mujer en el futuro ya que, si éste desiste del proceso, la mujer quedará indocumentada y, si se separan, a la mujer se le puede retirar el estatuto de refugiada.

Por ello, intentar averiguar las experiencias de las mujeres es de suma importancia. Las mujeres tienen dificultades para hablar de sus experiencias persecutorias (Kelley, 2002), sobre todo si éstas implican, en alguna medida, algún tipo de violencia sexual. Esta dificultad que tienen las mujeres se agrava cuando sus peticiones de asilo se tramitan por medio de procedimientos acelerados. Como he explicado anteriormente, el procedimiento de asilo español tiene dos fases. En la primera de ellas en la que se decide sobre la admisión o inadmisión a trámite de una solicitud de asilo fue utilizada para inadmitir muchas peticiones de protección internacional llevadas a cabo por mujeres perseguidas por motivos de género ya que los daños sufridos por ellas no se consideraban persecución y, por lo tanto, se inadmitían al amparo de la causa de inadmisión prevista en el antiguo artículo 5.6 b), esto es, “que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado”. Con la ley 12/2009 de asilo, la antigua causa de inadmisión del artículo 5.6 b) es uno de los motivos por los que se puede acordar tramitar la petición de asilo en territorio por el procedimiento de urgencia o denegar protección internacional de manera acelerada en el procedimiento en frontera. Por lo tanto, si no se interpreta la CG preguntando por la *woman question*, el procedimiento de asilo seguirá discriminando indirectamente a las mujeres que van a tener dificultades para convencer al juzgador de que son perseguidas por un motivo previsto en la CG y, como consecuencia, sus peticiones de asilo serán tramitadas por el procedimiento de urgencia, si se trata de una petición de asilo realizada en territorio

nacional, procedimiento en el que los plazos se reducen a la mitad de los plazos ordinarios lo que implica menores garantías, o bien serán denegadas de forma acelerada en el procedimiento de asilo en frontera.

Las mujeres solicitantes de asilo que son supervivientes de tortura y trauma requieren de un ambiente seguro en donde sientan que pueden recuperar la confianza. Por ello una entrevista no agresiva les va a facilitar que puedan hablar de sus experiencias persecutorias. Para las mujeres que han sido violadas, además existe otro problema cual es el conflicto de intereses. Por un lado es necesario que cuenten a las autoridades que han sido violadas porque ello es fundamental para que pueda prosperar su petición de asilo. Pero por otro lado, tienen buenas razones para no hablar de ello como que simplemente les resulta duro, tienen deseos de olvidar la experiencia traumática vivida (Hinshelwood, 1997), o tienen miedo a que otras personas conozcan que han sido violadas y sean culpabilizadas y condenadas al ostracismo por parte de la familia y comunidad (Spijkerboer, 1994), o acusadas de adulterio por el esposo y provocar un crimen de honor. Carol Smart (1989a), refiriéndose a los juicios por violación, sostiene que éstos son verdaderamente kafkianos para las mujeres que han experimentado el horror y la humillación de haber sido violadas ya que se considera que con el juicio lo que se busca es la venganza. Afirma que los juicios por violación son un proceso para descalificar a las mujeres y para la celebración del falocentrismo. En el mismo sentido Mackinnon (1994) afirma que las mujeres son reticentes a denunciar los casos de violación porque en el juicio deben contar la experiencia de la violación lo que implica revivir la experiencia de haber sido violada y va a considerarse, en muchos casos, que miente.

La entrevista de las mujeres debe realizarse sin la presencia de miembros masculinos de su familia y sin presencia de sus hijos e hijas; la persona que las entrevista debería ser una mujer, ya que ante un hombre es menos probable que hablen de sus experiencias persecutorias (Arenas, 2005); quien entrevista debe ser sensible a las diferencias culturales y consciente de que normalmente las preguntas que se hacen, son formuladas pensando en un solicitante de asilo masculino (Schilders, 1988). En efecto las preguntas que se formulan suelen ser sobre la actividad política

definida de un modo restrictivo, o sobre tortura y, en muchos casos, las mujeres no identificarán sus actividades como políticas ni el daño que han experimentado como tortura como sucede cuando sufren violencia sexual, MGF o esterilización forzosa, por ejemplo. Para llevar a cabo preguntas de un modo sensible y sacar a la luz las experiencias de persecución de las mujeres es necesario que quien las entrevista conozcan el rol de las mujeres, la condición y posición que éstas ocupan y el grado de respeto de los derechos humanos de las mujeres en el país del que han huido.

Por otro lado, muchas de las peticiones de asilo que realizan las mujeres son rechazadas por falta de credibilidad. Por ejemplo las mujeres pueden tener mayores problemas para obtener un documento de viaje con el que poder abandonar el país. Llegar a un país europeo con un pasaporte falso o sin él es un motivo que influye negativamente en la credibilidad del testimonio de la mujer. La jurisprudencia española ha denegado el asilo en ocasiones por “no presentar ningún documento acreditativo de la identidad y nacionalidad”. Así lo hizo en dos casos de mujeres nigerianas que huyeron para que no se les practicara la MGF¹⁸⁶. Aunque también se ha reconocido que no aportar estos documentos puede estar justificado. Así lo ha hecho la Audiencia Nacional en otro caso de una mujer nigeriana también en relación con la MGF al sostener que “el hecho de que no se haya aportado documentación acreditativa de la identidad puede explicarse por las circunstancias de una huida precipitada frente al acoso familiar”¹⁸⁷. También influirá negativamente en su credibilidad que la mujer no sea capaz de dar detalles sobre las actividades llevadas a cabo por el esposo ya que, en muchas ocasiones, al ser entrevistadas se pretende corroborar detalles facilitados por el esposo. Si la mujer no es capaz de corroborar estos detalles, ello puede influir negativamente en su credibilidad. Sin embargo esto no tiene en cuenta que hombres de determinadas culturas no comparten detalles de sus actividades políticas, militares, o incluso sociales o personales con sus esposas,

¹⁸⁶ Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003) y Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2001.

¹⁸⁷ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2009.

hijas o madres, por lo que la ausencia de conocimiento por parte de las mujeres de estos detalles no tiene que afectar a la credibilidad de la declaración de las mujeres.

Por otro lado, si la petición de asilo no se lleva a cabo en un estado inicial¹⁸⁸ ello puede también afectar a su credibilidad sin tener en cuenta que puede haber personas que no puedan o no deseen solicitar asilo nada más llegar, por desconocer el proceso de asilo o por temer qué les puede pasar. Algunas mujeres que hayan sufrido persecución por motivos de género quizá no sepan que es un motivo para poder solicitar asilo. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en un caso de matrimonio forzoso: “en el presente caso, la interesada es una mujer de escasa formación que llegó a Algeciras en un barco como polizón junto con otras veinte personas y que razonablemente podía sentir temor o reparo en comparecer ante las autoridades y fuerzas de seguridad españolas y explicar las razones de persecución por motivos de género por las que había huido de su país, razones éstas que a juicio de esta Sala son suficientes para justificar la tardanza en la solicitud de asilo”¹⁸⁹. El TEDH ha declarado violado el artículo 13 del CEDH, el derecho a un recurso efectivo, por haberse denegado la condición de refugiada a la recurrente por no haber solicitado asilo dentro del corto plazo legal previsto por la legislación turca en *Jabari c. Turquía*¹⁹⁰. La tardanza en llevar a cabo la petición de asilo puede también deberse a que las mujeres que están bajo los efectos de un trauma tras haber experimentado violencia sexual o violencia machista en pareja necesiten tratamiento médico y/o psicológico antes de ser capaces de desvelar su experiencia persecutoria. Puede ocurrir que la primera vez que se entreviste a una mujer no diga nada sobre haber sido violada y que, sólo en un estadio posterior, sea capaz de hablar de dicha experiencia.

¹⁸⁸ Aunque no se haya solicitado asilo dentro de los plazos previstos legalmente puede solicitarse en un momento posterior justificando la causa por la que no se hizo anteriormente.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006 (recurso 4881/2003).

¹⁹⁰ Nº 40035/98, Sentencia de 11 de julio de 2000. La solicitante, de nacionalidad iraní, fue arrestada en Irán después de considerársele sospechosa de cometer adulterio, al tener relaciones íntimas con un hombre casado. En febrero de 1998 huyó a Turquía con la intención de viajar a Canadá vía Francia con un pasaporte canadiense falso. Sin embargo, fue detenida en Francia y enviada de regreso a Turquía, donde presentó una solicitud de asilo, la cual fue considerada inadmisibles dado que excedió el límite de los 5 días de plazo para presentar la solicitud que establecía la legislación turca.

La información facilitada por las mujeres en un momento distinto del inicial del proceso de asilo, incluso tras haberseles denegado la condición de refugiada, no debe ser automáticamente interpretado como falta de credibilidad.

Otro problema al que deben enfrentarse las mujeres solicitantes de asilo es el sesgo androcéntrico con que se interpreta la prueba. Generalmente se acepta que cuando un informe sobre derechos humanos indica que existe un riesgo, el temor a sufrir ese daño es fundado. Sin embargo en muchos casos de violaciones de derechos humanos de las mujeres no existe información sobre la condición y posición de las mujeres en un país determinado, sobre la incidencia de la violencia sexual, el grado de protección disponible para las mujeres o sobre las consecuencias que una mujer pudiera sufrir en caso de devolución, por lo que el daño temido no será considerado fundado. Al no existir informes a este respecto el relato de las mujeres puede parecer menos creíble.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en muchos casos el daño sufrido por muchas mujeres no puede acreditarse con una prueba documental. Las mujeres quizá no sean capaces de, por ejemplo, acreditar su actividad política mediante un carné de pertenencia a un determinado partido político o mediante un recorte de prensa en el que aparece en un mitin o en una manifestación, ya que su actividad política puede estar vinculada a su rol reproductivo y llevarse a cabo en el ámbito privado; o puede no ser capaz de demostrar que se le imputa una determinada opinión política. También les puede resultar imposible demostrar haber sufrido violencia machista en pareja por no disponer de denuncias por el simple hecho de no haber denunciado al no confiar en que las autoridades de su país tomaran alguna medida para protegerlas, o por haber intentado denunciar e impedírselo las propias autoridades que las debían proteger. Probar una violación va a ser difícil ya que normalmente se producirá en el ámbito privado, sin testigos y, en la mayor parte de los casos, no hay pruebas físicas. Por lo tanto es evidente la necesidad de no interpretar la ausencia de información o de pruebas documentales como sinónimo de que no existen violaciones de derechos humanos.

Todo ello evidencia la necesidad de confiar en el relato de la mujer cuando éste sea suficientemente consistente, detallado y coherente, ante la ausencia de este tipo de pruebas, máxime si tenemos en cuenta que para poder probar la persecución no se exige prueba plena sino que basta con una prueba indiciaria¹⁹¹. En este sentido en un caso español de una mujer nacional de Nigeria a la que se le había practicado la MGF y que huía para evitar un matrimonio forzado, se aportó a autos un certificado médico en el que se acreditaba que la solicitante había sido mutilada genitualmente. Sin embargo, la Oficina de Asilo y Refugio denegó la condición de refugiada, siendo una de las razones esgrimidas que, si bien el certificado acompañado acreditaba la mutilación, no acreditaba la fecha en que ésta se había practicado. Tras interponerse recurso ante la Audiencia Nacional, en sentencia de 24 de marzo de 2006, se reconoció a la solicitante como beneficiaria de protección subsidiaria, aunque existe un voto particular de una magistrada en el que considera que la solicitante debe ser reconocida como refugiada y que no “resultan oportunas las consideraciones expuestas por la instructora del expediente en su informe que rechaza el documento que certifica la ablación por cuanto no se especifica la fecha en que fue practicada, negando por tal razón cualquier valoración a ese dato objetivo y trascendente”.¹⁹²

Otro aspecto a tener en cuenta es la necesidad de capacitar y formar a todas las personas que intervienen en el proceso de determinación de la condición de persona refugiada y la necesidad de que existan datos estadísticos desagregados por sexo. Según el Reglamento No 862/2007 del Parlamento y del Consejo de Europa de 11 de Julio de 2007 *sobre estadísticas sobre migración y protección internacional*¹⁹³ los estados están obligados a facilitar a la Comisión Europea estadísticas sobre el número de personas que han solicitado asilo, el número de personas que han obtenido

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988.

¹⁹² Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2006 (recurso 429/2004).

¹⁹³ Reglamento (UE) Nº 216/2010 DE LA COMISIÓN de 15 de marzo de 2010 por el que se aplica el Reglamento (CE) n o 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, por lo que se refiere a las definiciones de las categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia.

protección internacional en primera y ulteriores instancias desagregados por sexo, edad y nacionalidad. Pese a dicha obligación, muchos estados incumplen con la misma y otros que cumplen, facilitan dicho datos a la Comisión Europea pero no hacen públicos los mismos a nivel nacional (Cheikh Ali et al., 2012). Las estadísticas con datos desagregados por sexo facilitan información sustancial para comprobar si la legislación discrimina indirectamente a las mujeres, y sin dichos datos no es posible evaluar si se está progresando en facilitar protección a las mujeres perseguidas por motivos de género. En España se disponen de datos estadísticos desagregados por sexo en cuanto a personas que solicitan asilo, personas a las que se les reconoce el estatuto de refugiada o el estatuto de protección subsidiaria, pero no existe información sobre el motivo por el que solicita asilo, circunstancia que sigue dificultando el estudio de esta materia (Bookey, 2012). Muchos de los temas expuestos en este epígrafe son abordados por el ACNUR en sus *Directrices de género*¹⁹⁴.

A ello hay que agregar que las resoluciones en primera instancia de la OAR no son públicas. Esta falta de transparencia dificulta igualmente el estudio del tema (Bookey, 2012). Otro de los problemas que se plantea en España es las decisiones positivas de la OAR no están motivadas, así que no puede conocerse ni el motivo de la CG por el que se ha concedido la condición de refugiada ni el razonamiento jurídico llevado a cabo para obtener dicha conclusión. El artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*¹⁹⁵ establece que: a) la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, b) en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, y c) las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54.

Este artículo 54 establece las resoluciones serán motivadas cuando se trate de:

¹⁹⁴ Párrafos 35-37.

¹⁹⁵ BOE núm. 285 de 27 de noviembre.

- a. actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b. Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d. Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales
- e. Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f. Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La resolución administrativa que reconoce la necesidad de protección internacional, concediendo el estatuto de refugiada o de beneficiaria de protección subsidiaria no encaja dentro de ninguno de los supuestos del artículo 54 y, por este motivo, no son motivadas. Sí lo son las resoluciones que deniegan la protección internacional por limitar derechos subjetivos y subsumirse dentro del artículo 54 a). Esto impide conocer los criterios que sigue la administración para conceder uno de ambos estatutos y el motivo por el que se concede asilo y dificulta la defensa de casos posteriores por lo que un cambio de la legislación imponiendo la obligación de motivar las resoluciones favorables a la concesión del derecho de asilo y la condición de refugiada es de primordial importancia.

V. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA DEFINICIÓN DE PERSONA REFUGIADA

De la definición de persona refugiada prevista en el artículo 1 A (2) de la CG se extraen los elementos que integran la misma: temor fundado de sufrir persecución, ausencia de protección estatal y agentes de persecución, alternativa de huida interna y nexo causal, esto es, motivos de persecución. La necesaria reinterpretación de la CG para incluir las experiencias de persecución de las mujeres tiene que hacerse en

relación con todos los componentes de la definición de persona refugiada. Voy a proceder al análisis de cada uno de ellos. Para facilitar su comprensión se acompaña como anexo 4 un cuadro en el que se especifica la interpretación tradicional de los elementos de la definición de persona refugiada y su interpretación alternativa.

1. Temor fundado de sufrir persecución

Tal y como se dispone en los párrafos 37 a 50 *del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR*¹⁹⁶, la expresión “temores fundados de ser perseguida” es la parte esencial de la definición de persona refugiada. Al elemento “temor”, estado de ánimo y condición subjetiva, se añade el calificativo de “fundado”. Ello significa que no es sólo el estado de ánimo de la persona interesada lo que determina su condición de refugiada, sino que esa tesitura debe estar basada en una situación objetiva. Por lo tanto, la expresión “temores fundados” contiene un elemento subjetivo y otro objetivo. La evaluación del elemento subjetivo es inseparable de una apreciación de la personalidad de la persona solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas. “Para valorar el elemento subjetivo será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares, haciendo referencia a la pertenencia de la persona solicitante a un grupo racial, religioso, nacional, social o político”¹⁹⁷. No se hace referencia expresa a la necesidad de tener en cuenta el sexo de la persona solicitante pero sí se refiere a la necesidad de tener en cuenta sus experiencias personales. Este temor, además de ser fundado, debe ser razonable. En cuanto al elemento objetivo del temor, no se exige a las autoridades competentes encargadas de determinar la condición de persona refugiada conocer la situación del país de origen de la persona solicitante, pero las declaraciones de ésta no pueden ser consideradas en abstracto y deben examinarse en el contexto del país de origen.

¹⁹⁶ Ginebra, diciembre de 1992.

¹⁹⁷ Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR, párrafo 41.

El “temor fundado” debe ponerse en relación con el concepto de persecución. Ni la CG ni las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR definen lo que debe entenderse por persecución. Es generalmente reconocido que los redactores de la Convención, intencionadamente, dejaron el significado de persecución abierto porque se dieron cuenta de la imposibilidad de enumerar por adelantado todas las formas de maltrato que pudieran legitimar a una persona para pedir la protección de un Estado extranjero (Hathaway, 1991, Crawley, 2001).

Según el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* del ACNUR, “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 opiniones políticas es siempre persecución. También constituiría persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones”.¹⁹⁸

Hathaway (1991:104-105) ha definido la persecución como “la violación prolongada y sistemática de derechos humanos básicos junto a la ausencia de protección estatal”. Sugiere que para entender qué constituye persecución es necesario analizar dos temas fundamentales: si existe “daño grave” y si ha existido ausencia de protección estatal. La definición de persecución de Hathaway ha sido criticada desde algunos sectores en tanto que, para determinar si existe o no persecución, analiza dos elementos de la definición de persona refugiada conjuntamente, esto es “daño grave” o persecución y “ausencia de protección estatal”, en lugar de hacerlo por separado. Pero, tal y como se puso de manifiesto en un caso en el Reino Unido, en *Shah e Islam* (1999), en los supuestos de persecución por agentes no estatales la incapacidad del Estado en detener y evitar un daño severo (violencia machista en pareja) es sinónimo de aceptación tácita de dicho daño y, por lo tanto, no pudiéndose obtener protección del Estado del país de origen, la mujer víctima de

¹⁹⁸ *Ibidem* Párrafo 51.

violencia por parte de su pareja puede solicitar asilo y debe ser reconocida como refugiada. La definición de persecución de Hathaway facilita el reconocimiento de las mujeres como refugiadas cuando, ante los daños que sufren, el Estado no quiere o no es capaz de ofrecer protección. De este modo se rompe con la dicotomía público-privado y se permite que violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales sean consideradas persecución.

Las mujeres son sometidas a daños similares a los que son sometidos los hombres pero también sufren otros daños físicos que son perpetrados específicamente por su sexo como la violación, costumbres discriminatorias, mutilación genital femenina, matrimonio forzoso, violencia machista en pareja, esterilización, gestación o aborto forzoso y trata para la explotación sexual. Es preocupante que el concepto de persecución no haya sido interpretado de forma amplia para incluir este tipo de daños.

Así ha sucedido con la jurisprudencia española cuando empezó a abordar estos daños, no reconociendo actos de violencia contra las mujeres como la violación¹⁹⁹, matrimonio forzoso y violencia machista en pareja como persecución y motivo para solicitar asilo. Respecto al matrimonio forzoso, la jurisprudencia española ha considerado que no podía entenderse como persecución y, por tanto, no podía subsumirse dentro de la CG: “ni de los autos ni del expediente se desprende que los hechos en los que la recurrente funda su pretensión pueden incardinarse en el artículo 3 de la Ley de Asilo ni en la Convención de Ginebra”²⁰⁰. Se trata de “inveteradas costumbres tribales de mantener a la esposa en el ámbito familiar del esposo fallecido [...] persecución de índole privada o familiar [...] alegaciones de índole cultural”²⁰¹,

¹⁹⁹ Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2002 (recurso nº 461/2001) y Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2002 (recurso nº 656/2001).

²⁰⁰ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003).

²⁰¹ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2001 (recurso nº 1662/1999) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2005 (recurso nº 124/2003).

“atavismos socio-culturales”²⁰², “conflicto familiar”²⁰³, o “persecución personal”²⁰⁴. La violencia machista en pareja ha sido conceptualizada como “una situación más propia de un supuesto de malos tratos que de asilo”²⁰⁵ o “situación de conflicto doméstico, sin duda grave, pero que no podemos subsumir en el concepto de asilo”²⁰⁶ o “problemas de criminalidad doméstica”²⁰⁷.

Dado que en la base de toda definición de persecución subyace la idea de que la violación de derechos humanos básicos constituye persecución, es necesario examinar los derechos humanos protegidos por el DIDH. El proceso de valorar el daño según estándares internacionales consensuados de derechos humanos permite una adecuada consideración de todas las formas de daño grave que una persona puede afrontar.

Hathaway (1991) propone que huyamos de todo tipo de razonamiento intuitivo sobre lo que es persecución y tratemos de fundamentar nuestro razonamiento en indicadores objetivos. Argumenta que las obligaciones internacionales básicas son el común denominador y motiva su definición de daño grave en instrumentos de derechos humanos que contienen estándares aceptados como legítimos por casi todos los Estados. Sobre la base de estos acuerdos internacionales establece una jerarquía de derechos a tres niveles. En el primer nivel sitúa el derecho a la vida, la protección contra la tortura o trato o castigo cruel, inhumano o degradante, libertad frente a la esclavitud, libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el segundo nivel sitúa la libertad frente al arresto o detención arbitrarias, igual protección ante la ley, el

²⁰² Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2005 (recurso nº 1217/2003).

²⁰³ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (recurso nº 6266/2001).

²⁰⁴ Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2005.

²⁰⁵ Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 1998 (recurso nº 661/1998).

²⁰⁶ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (recurso nº 5799/2001).

²⁰⁷ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 (recurso nº 3020/2000).

derecho a un juicio justo, a la intimidad familiar, libertad de opinión, libertad de expresión y asociación, derecho al voto, acceso al empleo público. Y en el tercer nivel el derecho al trabajo, el derecho básico al alimento, vivienda y vestido, derecho a la salud, a la educación básica y la expresión cultural. Así pues, “los daños merecedores de protección incluirían una violación de cualquier derecho de los previstos en el primer nivel; una denegación injustificada o discriminatoria de uno de los derechos del segundo nivel, o el fracaso en la implementación de un derecho del tercer nivel que es, o bien discriminatoria, o no está en absoluto motivada por una falta de recursos” (Hathaway, 1991: 109, 111)²⁰⁸.

La Directiva 2011/95 de reconocimiento define la persecución en su artículo 9 y establece 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 como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular de 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 Fundamentales²⁰⁹, o bien b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, que sean lo suficientemente graves como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)”.

A continuación, en el punto 2 de este artículo se lleva a cabo una enumeración de determinadas formas que puede revestir estos actos de persecución, entre los que se especifican “los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria; y actos

²⁰⁸ Goodwin-Gill (1996: 68-69) propone un concepto amplio de persecución que incluiría “medidas tomadas por algunos de los motivos previstos en la CG que amenacen la vida o la libertad; tortura o trato cruel, inhumano o degradante; esclavitud o servidumbre; el no reconocimiento como persona (particularmente cuando las consecuencias de ese no reconocimiento afecte directamente a la vida, libertad, seguridad o integridad); y opresión, discriminación o acoso a una persona en su intimidad personal o familiar”. También incluye como persecución la ausencia de protección estatal, voluntaria o involuntaria, para prevenir o suprimir la violencia.

²⁰⁹ Artículo 15.2 CEDH: La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2 (derecho a la vida) salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra y los artículos 3 (tortura), 4 Pfo.1 (prohibición de esclavitud o servidumbre) y 7 (No hay pena sin ley).

dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños/as”. Esta definición de persecución y actos persecutorios es la que se recoge en la ley 12/2009 de asilo española, artículo 6.

De este modo la persecución se define desde un enfoque de derechos humanos, como la violación sostenida y sistemática de derechos humanos básicos, violaciones contra las que el Estado no es capaz de dar protección. Según Merino (2012a: 218) esta mención genérica de los derechos humanos en el concepto de persecución permite la calificación de un mayor número de actos como tales, “siempre que concurren el resto de elementos como el carácter especialmente grave o reiterado del daño que se cause. Esta concreción del acto persecutorio dota de mayor seguridad jurídica el régimen de asilo, y especialmente consolida la percepción del estatuto como un mecanismo de protección de derecho [...] y se consolida la complementariedad del régimen internacional de los derechos humanos y el régimen de asilo”. Sin embargo, este enfoque de la persecución basado en los derechos humanos no viene a resolver automáticamente la falta de reconocimiento de las mujeres como refugiadas ya que, como hemos visto, las violaciones de los derechos de las mujeres no siempre han sido consideradas violaciones de derechos humanos. De ahí la necesidad de superar el sesgo androcéntrico, tanto del DIDH como del DIPR dadas las sinergias que existen entre estas dos ramas del DI.

Por otro lado, otro tema debatido es la discriminación como daño grave dentro del concepto de persecución. Aquellas violaciones de derechos que pueden ser percibidas como discriminatorias y que afectan en mayor medida a las mujeres son situadas en los lugares más bajos de la jerarquía de derechos humanos que es utilizada para valorar cuándo el temor de un individuo puede ser considerado como persecución. Charlesworth et al. (1992) sostiene que el concepto de persecución dentro del DIDH debe ser formulado en términos de violaciones de derechos pero habrá que tener en cuenta que el Derecho ofrece una compensación más limitada en casos de denegación estructural de derechos. Esto es especialmente problemático en relación con las peticiones de asilo de las mujeres porque la persecución por motivos de género, en muchas ocasiones, puede ser más sutil que otras formas de persecución.

Puede tomar la forma de restricciones en la forma que una mujer se comporta o puede implicar forzarla a actuar de un modo determinado. En muchos países las mujeres son sujetas a tratamiento o costumbres discriminatorias implementadas a través de legislación o normas sociales o religiosas que restringen sus oportunidades y derechos. La discriminación como daño grave es evidente en aquellos casos en los que el castigo por violar normas de género discriminatorias vulnera estándares de derechos humanos y, por lo tanto, es considerado persecución. En otros casos el daño grave no deriva del castigo por violar normas discriminatorias sino de la aplicación misma de la ley. En este último caso, la solicitante tendrá que demostrar que una ley es persecutoria en sí misma. Un ejemplo lo constituyen las ordenanzas *Hudood* en Pakistán. Estas ordenanzas imponen a las mujeres obstáculos legales para lograr una condena por violación al exigir la confesión del agresor o el testimonio de, al menos, cuatro hombres adultos musulmanes que hayan sido testigos presenciales de la violación y de que la mujer no consintió. Si la mujer que ha denunciado haber sido violada no consigue probar el delito, puede ser juzgada por fornicación si no está casada, o por adulterio si lo está. Las mujeres que han sido violadas corren también el riesgo de ser asesinadas por "honor" por un pariente varón que considere que han manchado el honor de la familia transgrediendo las normas sociales por haber sido violada.

Según el párrafo 10 de las *Directrices de género*, "a) Juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma ha demostrado ser fundamento suficiente para determinar algunas solicitudes por motivos de género. Esto ocurre especialmente por el hecho de que ciertas leyes relevantes podrían emanar de normas y prácticas tradicionales o culturales que no se ajustan necesariamente a los estándares internacionales de derechos humanos; b) que aunque se trate de una ley o política que tenga objetivos legítimos puede ser aplicada de forma discriminatoria. Por ejemplo, la planificación familiar ha sido ampliamente aceptada como una respuesta adecuada ante las presiones demográficas. Sin embargo, la implementación de dichas políticas mediante prácticas como el aborto provocado y la esterilización forzosa constituirían una violación de los derechos humanos; c) que la pena por el no cumplimiento de una ley o política sea desproporcionado. Esto sucede en aquellos supuestos en que las

mujeres son sometidas a códigos de vestimenta y violar dichos códigos supone una pena que va desde una reprimenda verbal, o una multa, o 74 azotes, a prisión de hasta un año, como sucede en Irán”. El problema es determinar qué nivel de discriminación es necesario para considerarla como persecución. Muchas peticiones de asilo realizadas por mujeres son rechazadas por considerar que la solicitante sufría discriminación de entidad insuficiente para ser calificada como persecución. Esto sucedió en tres casos de EEUU: *Fatin* (1993)²¹⁰, *Fisher* (1994)²¹¹ y *Yadegar-Sargis* (2002)²¹², casos que abordaré con mayor detalles cuando analice la transgresión de normas sociales como forma de persecución.

Aunque los Estados tienen la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, no existe un consenso sobre el nivel de discriminación suficiente para que ésta pueda considerarse persecución. El ACNUR tampoco clarifica dicho aspecto. El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* del ACNUR hace alusión a la discriminación, en sus párrafos 54 y 55. Establece con claridad que no toda discriminación será equivalente a persecución: “Sólo en determinadas circunstancias esa discriminación constituirá persecución. Así ocurriría si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase, como, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles [...] Las medidas de discriminación, aunque no tengan en sí mismas carácter grave, pueden dar lugar a temor justificado de persecución si crean en el fuero interno de la persona de que se trate un sentimiento de desconfianza e inseguridad con respecto a su existencia futura. La cuestión de si tales medidas de discriminación constituyen o no en sí mismas persecución debe decidirse a la luz de todas las circunstancias del caso. Es

²¹⁰ *Parastoo Fatin v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 92-3346, United States Court of Appeals for the Third Circuit. 12F.3d 1233. 21 May 21 1993.

²¹¹ *Saideh Fisher, aka Saideh Hassib-Tehrani, Kian Hosseini Lavasani v. Immigration and Naturalization Service*. 91-70676, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 2 April 1996.

²¹² *Nazani Yadegar-Sargis v. Immigration and Naturalization Service*, No. 01-3693, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 297 F.3d 596, 22 July 2002.

evidente que la alegación por una persona de sus temores a ser perseguida será más convincente cuando haya sido víctima de diversas medidas discriminatorias de esta índole y se dé así cierta concurrencia de motivos”. Así pues, en una petición de asilo basada en tratamiento o normas sociales o costumbres discriminatorias habrá que evaluar todas las circunstancias, incluido el tipo de derecho o libertad fundamental denegada, la forma en que el derecho es denegado, la gravedad del daño y cualquier razón esgrimida por el Estado para aplicar dicho tratamiento discriminatorio. Siguiendo a Hathaway (1991) cualquier daño a un derecho por debajo del primer y segundo nivel puede ser persecutorio si el daño es sistemático, acumulativo, y afecta seriamente a la integridad de la solicitante.

2. Ausencia de protección estatal y persecución por agentes no estatales

Existe una diferencia importante entre la ausencia de protección estatal en el DIPR y la responsabilidad estatal en el DIDH, ya que el objeto de la CG no es declarar responsable al Estado sino asegurar que la protección internacional está disponible ante la imposibilidad de obtener dicha protección del propio Estado. Según Crawley (2001) es la falta de distinción de estos dos conceptos, lo que ha creado confusión sobre el rol del Estado en el país de origen de la persona que solicita asilo. Pese a esta diferencia, en ambos casos, debido a la dicotomía público/privado, existen tanto reticencias a considerar al Estado responsable por actos cometidos por agentes no estatales como para reconocer la persecución sufrida a manos de estos mismos agentes. Por lo tanto, para que una persona sea reconocida como refugiada es necesario demostrar que ha habido ausencia de protección del propio Estado y no que éste es responsable o culpable del daño causado o temido, lo que es particularmente importante cuando se trata de persecución por agentes no estatales. Mientras la protección del propio Estado está disponible no puede decirse que exista un temor fundado de ser perseguida. Es decir, para ser reconocida como refugiada, una persona debe demostrar, no sólo que tiene un temor fundado de ser perseguida, sino que además dicho daño es infligido por el Estado o por un agente no estatal que el Estado no puede o no quiere controlar.

Pese a que la CG no establece que la persecución debe ser infligida por un agente estatal (Goodwin-Gill, 1996), muchos Estados lo han interpretado de este modo restrictivo. Esto ha perjudicado considerablemente a las mujeres perseguidas por motivos de género ya que, en la mayor parte de los casos, la persecución se produce por agentes no estatales, ya sea el esposo, familiares o la propia comunidad. Formalmente ni la CG ni los trabajos preparatorios dicen mucho sobre la procedencia de la persecución sufrida por las personas refugiadas y no requieren expresamente la necesidad de ningún vínculo entre persecución y autoridad gubernamental. El que la CG no abordara expresamente este tema ha supuesto que los Tribunales hayan tenido que decidir cómo debe ser interpretada en cada caso. Tal y como puso de manifiesto Santolaya (2000: 186) “en la concepción inicial de la CG, según el prototipo de refugiado al que protege, el agente de persecución era siempre estatal, aunque se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia la necesidad de conceder el derecho de asilo en dos situaciones distintas: cuando esos poderes públicos fomentan o autorizan la persecución aunque no la realicen, o cuando son incapaces de ofrecer una protección eficaz frente a ella, incluso en contra de sus deseos”. Esta misma idea fue expresada por Gortazar Rotaache (1997:121) al establecer que “ha de quedar claro que para que se aplique la CG no es preciso que sea el Estado quien ‘persiga’ al refugiado por los motivos en ella descritos, sino que basta con que no proteja al mismo de persecuciones provenientes de otros grupos”. En el mismo sentido se manifiesta Clavera (2005:98) cuando afirma que “en muchas ocasiones un agente del Estado no participa directamente en la persecución, pero aún resultándole ajeno puede tolerarlo (la no protección se convierte en persecución) o no impedirlo por resultar ineficaz”.

El ACNUR siempre ha reconocido que la persecución puede existir pese a ser llevada a cabo por un agente no estatal:

1. En el párrafo 64 g) del *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*: “La persecución suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país [...] El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población

local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo;

2. En las *Directrices de género*, párrafo 19: “Dentro de la definición de refugiado cabe reconocer agentes de persecución, tanto estatales como no estatales. Si bien los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades de un país, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensa perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades las toleran de manera deliberada o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”; y

3. En las *Directrices de Protección Internacional: 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* (en adelante *Directrices sobre pertenencia a un determinado grupo social*)²¹³, párrafo 20: “Los casos en que la condición de refugiado se basa en la pertenencia a un determinado grupo social con frecuencia involucran a solicitantes que enfrentan riesgos de persecución por parte de los agentes no estatales; estos casos implican un análisis de la relación causal. Por ejemplo, los homosexuales pueden ser víctimas de violencia por parte de grupos privados; las mujeres corren riesgo de abuso de sus esposos o compañeros. Dentro de la Convención, una persona puede tener un temor fundado de persecución, el cual debe basarse en uno (o más) motivos de la Convención. No es necesario que el agente perseguidor sea un funcionario del Estado. Cuando la población local comete serios actos de discriminación u otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”.

En estos documentos del ACNUR se adopta la *teoría de la protección interna* frente a la *teoría de la responsabilidad*. Según la primera, el Estado es responsable incluso en los casos en que es incapaz de dar protección. En esta teoría, el énfasis

²¹³ Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1754.pdf?view=1> [Acceso 18 de febrero 2014].

recae en la efectiva disponibilidad de protección de los ciudadanos y ciudadanas frente a un daño grave mientras que la teoría de la responsabilidad exigía que el daño fuese en última instancia, atribuible al Estado. Para la teoría de la responsabilidad, “no basta que el Estado sea incapaz de dar protección sino que se exige que éste tolere o condone un daño grave” (Wilsher, 2003: 71).

La teoría de la responsabilidad era la que se recogía en la Posición Común de 23 de noviembre de 1995, *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* al disponer que “la persecución por terceros exige que los poderes públicos la fomenten o autoricen. En caso de inactividad se debe tener especialmente en cuenta el carácter voluntario o involuntario de esa inacción”. El tenor literal de dicha Posición Común “ponía de manifiesto que los Estados miembros no estaban dispuestos a admitir la necesidad de reconocer la condición de refugiado en los casos en los que la falta de protección estatal respondía a un daño no intencional sino simplemente que el Estado no podía controlar” (Adjin-Tettey, 1997: 80).

La teoría de la responsabilidad fue abandonada y sustituida por la teoría de la protección interna prevista en los documentos del ACNUR y adoptada en la Directiva 2011/95 de reconocimiento que, en su artículo 6, establece literalmente que “agentes de persecución o que causen daños graves pueden ser, entre otros: a) el estado; b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; y 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”. En el artículo 7.2 de este mismo texto legal, tras referirse al Estado y partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio como agentes de protección, determina que “existe protección cuando los agentes mencionados tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras las disposiciones de un sistema jurídico eficaz para la

investigación, procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección”.

En los países miembros de la Unión Europea deberá reconocerse la persecución por agentes no estatales cuando el Estado sea simplemente incapaz de proteger, como sostiene el ACNUR y la Directiva 2011/95 de reconocimiento. Actualmente en España se admite la persecución por agentes no estatales al estar expresamente prevista en el artículo 13 de la Ley 12/2009 de asilo, que reproduce el artículo 6 de la Directiva de definición de 2011, aunque hasta hace muy poco, la jurisprudencia mostraba reservas a reconocer la condición de persona refugiada en casos en los que la persecución se llevaba a cabo por un agente no estatal. Por ejemplo, la Audiencia Nacional (2004), en un caso de MGF sostuvo que “el motivo por el que dice haber salido de su país nada tiene que ver con una persecución por parte de las autoridades”²¹⁴. También se ha denegado el reconocimiento de la condición de persona refugiada en casos de matrimonio forzoso por ser el agente de persecución no estatal (2005): “el daño alegado no proviene del gobierno de su país ni de grupos que hubieran actuado por cuenta de aquellos o bajo su instigación, aquiescencia, tolerancia, o condescendencia”²¹⁵; “su persecución es de carácter extraoficial y no hay datos ni indicios de que la persecución de que dice ser objeto haya sido promovida por las autoridades del país o que tales autoridades la hayan autorizado”²¹⁶.

Para responder de manera adecuada a las experiencias de persecución de las mujeres como solicitantes de asilo, la valoración de la ausencia de protección estatal debe tener en cuenta las obligaciones internacionales de dicho Estado de proteger contra el abuso sistemático. Frente a la postura de aquellos Estados que interpretan la CG de modo limitado para excluir la persecución por agentes no estatales hay que

²¹⁴ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003).

²¹⁵ Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2005, (recurso nº 1381/2002).

²¹⁶ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2005, (recurso nº 1217/2003).

exigir que el DIPR reconceptualice las violaciones de derechos humanos para incluir aquello que tradicionalmente ha sido considerado privado. Pese a la reticencia a esta reconceptualización, cada vez más Estados reconocen abiertamente que hay ausencia de protección estatal en relación con actos privados. Además, existen instrumentos internacionales de derechos humanos como la CEDAW y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, sentencias de organismos internacionales de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y de organismos regionales como el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconocen expresamente las obligaciones positivas que los estados tienen de adoptar la diligencia debida para proteger a las mujeres de la conducta de actores privados, como hemos visto.

Por lo tanto, en el proceso de determinación de la condición de persona refugiada habrá que demostrar que el acto de persecución puede ser atribuido directamente al Estado y, si no es este el caso, habrá que demostrar que el Estado no puede o no quiere proporcionar dicha protección. Hathaway (1991) se pregunta si siempre es necesario solicitar protección del propio Estado antes de solicitar asilo en otro país. Spijkerboer (1994) y Castel (1992) sostienen que no se puede exigir a una mujer que acuda reclamando protección al propio Estado si esto puede poner en peligro su vida. En algunos casos puede suceder que una mujer que sufre persecución por motivos de género se dirija a las autoridades de su país, y sean las propias autoridades quienes ejerzan más violencia contra ella; o puede que la petición de ayuda sea totalmente inefectiva, como sucedería en el supuesto de que el Estado, con anterioridad, haya denegado protección a otras mujeres en la misma situación. Dar cabida a la persecución por agentes no estatales dentro de la CG es de vital importancia para reconocer la persecución por motivos de género, y ello es posible aplicando la teoría de la protección en lugar de la teoría de la responsabilidad.

3. Alternativa de huida interna

La naturaleza subsidiaria del derecho de asilo por el cual la protección internacional es apropiada cuando la protección nacional no está disponible significa

que, para poder ser reconocida como refugiada, la solicitante debe demostrar que no existe una alternativa razonable de huida interna en su país de origen²¹⁷. La alternativa de huida interna es un concepto que cada vez se tiene más en cuenta por aquellos que toman decisiones sobre la concesión o denegación de estatutos de protección internacional para limitar el reconocimiento del derecho de asilo y de la condición de refugiada (Crawley, 2001). La CG no sólo no exige, sino que ni siquiera sugiere, que el temor a ser perseguida deba extenderse siempre a la totalidad del territorio del país de origen de la persona que solicita asilo.

En 2003 el ACNUR publicó las *Directrices sobre Protección Internacional: La alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. En dicho documento se define la alternativa de huida interna como “una zona específica del país en donde no haya riesgo de temores fundados de persecución y donde, dadas las circunstancias particulares del caso, es razonable esperar que el individuo pueda asentarse y llevar una vida normal”. Hay que tener en cuenta que si el agente de persecución es estatal se presume que las autoridades nacionales actúan por todo el país y que, por tanto, una alternativa de huida interna no sería factible. Sin embargo, la alternativa de huida interna sí es factible cuando el agente de persecución es un agente no estatal puesto que este agente quizá no busque a la solicitante en la zona en la que pueda ser reubicada. Como en los casos en que las mujeres son perseguidas por motivos de género son, en su gran mayoría, perseguidas por agentes no estatales, la alternativa de huida interna puede ser utilizada para limitar todavía más su necesidad de protección internacional. Cuando se valore la posibilidad de alternativa de huida interna debería tenerse muy en cuenta las implicaciones de género que ello pueda tener. Según el ACNUR, para determinar si procede la alternativa de huida interna, deberá realizarse lo que denomina un *test de razonabilidad*. Al realizar este test se evaluará la existencia de persecución en su pasado, situación de seguridad, el respeto por los derechos humanos en la zona supuestamente segura dentro del país y las

²¹⁷ Hathaway y Foster (2001) prefieren hablar de “alternativa de protección interna” ya que enfatiza más las necesidades de protección de las solicitantes.

posibilidades de supervivencia económica. Al valorar la posibilidad de alternativa de huida interna de una mujer que haya solicitado asilo por motivos de género deberá tenerse en cuenta qué obstáculos económicos, sociales y culturales pueden afectar a las posibilidades de viajar de las mujeres; que muchas mujeres pueden verse expuestas a privaciones, pobreza extrema e inseguridad u obligadas a vivir en su país de origen sin el apoyo de su familia; que una mujer sola sin la compañía de un varón puede ser gravemente discriminada, etc. Al analizar si existe una alternativa de huida interna habrá que tener en cuenta que no es razonable pensar que determinadas personas, sobre todo mujeres, pueden llevar una vida digna en otro lugar de su país sobre todo si están bajo el dominio de otros grupos étnicos que hablan diferentes lenguas o que pueden tener diferentes costumbres (Crawley, 2001)²¹⁸.

4. Nexo causal: Motivos de la Convención de Ginebra

Hasta aquí hemos visto que para que una persona pueda ser reconocida como refugiada tiene que demostrar que: a) tiene un temor fundado de persecución; b) que se dé una ausencia de protección estatal; c) que la persecución se lleve a cabo por un agente estatal, o no estatal cuando el Estado no pueda o no quiera brindarle protección; y d) que no sea posible la alternativa de huida interna.

Pero no finalizan aquí los requisitos exigidos para que una persona pueda ser reconocida como refugiada ya que hay que añadir uno más: que la persecución se produzca por uno de los motivos previstos en la CG, esto es, opinión política, pertenencia a un determinado grupo social, raza, nacionalidad o religión. Tal y como indica el ACNUR en el párrafo 22 de sus *Directrices de género* “Para determinar si un solicitante particular ha cumplido con los criterios de la definición de refugiado es importante asegurarse que cada uno de los motivos contemplados en la Convención se interpreta desde una perspectiva sensible al género”. En las peticiones de asilo por motivos de género, uno de los requisitos más difíciles de cumplir es demostrar que la persecución se produce por uno los motivos de la CG, es decir, cumplir con el requisito

²¹⁸ Según Santolaya (2011: 98), en España la alternativa de huida interna “no ha sido utilizada nunca como causa única para la denegación del asilo, sino que juega siempre unida a otras causas legales”.

del nexo causal. Esta dificultad es debida a que se tiende erróneamente a considerar que la persecución por motivos de género se produce por un motivo personal, privado y no por motivos previstos en la CG. Un buen ejemplo de este modo de entender la persecución por motivos de género es el voto particular emitido por un magistrado en un caso de Estados Unidos, el caso *Lazo-Majano*²¹⁹, al que luego volveré a referirme con mayor detalle. Se trata de un caso de violación en el que un magistrado sostuvo que el maltrato sufrido por la solicitante es de naturaleza estrictamente personal, fue abusada y dominada por un individuo por puras razones sexuales, por su desenfrenada lujuria, para satisfacer su apetito carnal y por verla como un objeto sexual disponible, por lo que no puede hablarse de persecución por motivos políticos.

La primera resolución judicial que aceptó que se cumplía con el requisito del nexo causal cuando la solicitante era perseguida por un agente no estatal siempre que el Estado no le brindase protección fue *Islam y Shah (1999)*²²⁰ en el Reino Unido. Ambos casos tratan de mujeres procedentes de Pakistán que habían huido de sus países por ser víctimas de violencia machista en pareja. Las dos peticiones de asilo versaban sobre daño sufrido por agentes no estatales y falta de protección por parte del Estado. Quedaba acreditada la discriminación institucionalizada contra las mujeres en Pakistán: el abuso doméstico era una práctica habitual tolerada por el Estado, las mujeres debían acceder a todos los deseos de sus esposos y las que decidían abandonar su casa sufrían el riesgo de ser acusadas de adulterio o inmoralidad sexual.

El ACNUR, siendo consciente de la dificultad que existía para subsumir las peticiones de asilo por motivos de género dentro de los motivos preexistentes y, a fin de facilitar el cumplimiento del nexo causal, adoptó el “enfoque bifurcado”. En las *Directrices de Protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social y Persecución por Motivos de Género (2002)*, se recoge expresamente dicho enfoque.

²¹⁹ *Olimpia Lazo-Majano v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 85-7384, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 813. F2d 1432; 1987 U.S. App. LEXIS 4132. June 9, 1986, Argued and Submitted. April 2, 1987, Filled.

²²⁰ House of Lords: *Islam v. Secretary of State for the Home Department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another ex parte Shah (Cojoined Appeals)*, 25 de marzo de 1999, en “Cases and Comments”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11/4, pp. 496 – 527.

Directrices de protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social. Párrafo 21: Si un agente no gubernamental inflige o amenaza con persecución basada en uno de los motivos de la Convención y el Estado carece de la voluntad o es incapaz de proteger al solicitante, entonces se establece una relación causal. Es decir, la víctima se ve afectada por causa de un motivo de la Convención; Párrafo 22: También se pueden presentar situaciones en las que el solicitante es incapaz de demostrar que el daño infligido o la amenaza por parte de un agente no gubernamental esté relacionada con uno de los cinco motivos de la Convención. Por ejemplo, en una situación de abuso doméstico, la esposa no siempre tiene la posibilidad de establecer que su esposo está abusando de ella por razón de su pertenencia a un grupo social, una opinión política u otro fundamento de la Convención. No obstante, si el Estado no tiene la voluntad de dar protección basada en uno de los cinco motivos, entonces la esposa puede establecer una solicitud que sea válida para optar por la condición de refugiada: el daño causado por su esposo se basa en la falta de protección del Estado por un motivo de la Convención; y Párrafo 23: Este razonamiento se resume a continuación: la relación causal se puede dar: (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 al 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”.

Directrices de Protección Internacional: La persecución por motivos de género, párrafo 21: En situaciones en las que exista un riesgo de ser perseguido por un agente no estatal (por ejemplo cónyuge, compañero u otros agentes no estatales) por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención, se establece el nexo causal, independientemente de que la ausencia de protección por parte del Estado guarde o no relación con la Convención. Asimismo, cuando el

riesgo de ser perseguido por 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 el nexo causal también se establece.

El enfoque bifurcado fue expresado con la siguiente fórmula: persecución es igual a daño grave más falta de protección estatal, es decir, se adopta la definición de persecución de Hathaway en la que la falta de protección estatal integra el propio concepto de persecución. Significa que, aunque no pueda establecerse el nexo causal con respecto a la persecución llevada a cabo por los esposos, es decir, que aunque no pudiera determinarse que los esposos perseguían a sus mujeres por motivos de género, el nexo quedaba establecido por la falta de protección estatal ya que, en estos casos, el Estado no da protección a las mujeres por motivos de género.

El ACNUR, recogiendo expresamente el enfoque bifurcado del nexo causal ha contribuido a facilitar el reconocimiento de la persecución por motivos de género (Musalo, 2003: 806).

A continuación voy a reinterpretar cada uno de los motivos previstos en la CG, esto es raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas. Para que una persona pueda ser reconocida como refugiada no es suficiente que tenga un temor fundado de sufrir cualquier tipo de persecución, ya que la solicitud de asilo sólo se admitirá si la persecución sufrida o temida es por una de las causas prevista en la CG. En este caso se cumple con el nexo causal, es decir, se solicita protección internacional por temer una persecución de las previstas en dicho instrumento internacional.

4.1 Raza

El concepto de raza debe ser entendido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) que establece que “la ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

La raza viene definida por el ACNUR en el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de refugiado*²²¹: “El concepto de raza debe entenderse en su sentido amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados razas [...] la discriminación racial constituye un elemento importante al determinar la existencia de persecución”.

En la Directiva 2011/95 de reconocimiento, en su artículo 10.1 a) se establece que “el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico”. Esta misma definición es la contenida en la Ley española de asilo, artículo 7.1 a).

Aunque la persecución por motivos de raza no sólo es sufrida por las mujeres sino también por hombres, cuando se trata de mujeres se las persigue con una forma de persecución específica en razón de su sexo. Quien persigue por motivos de raza puede buscar destruir la identidad o prosperidad de un grupo étnico matando, mutilando o encarcelando a los hombres mientras que las mujeres de ese grupo étnico pueden ser percibidas como propagadoras de la identidad étnica del grupo por medio de su capacidad reproductora y ser perseguidas de un modo diferente a los hombres, por ejemplo con violencia sexual o controlando su actividad reproductora²²².

²²¹ Párrafos 68 a 70.

²²² Recordemos que en los conflictos bélicos la violencia sexual es utilizada como arma de guerra, tal y como sucedió en la guerra de los Balcanes. Por primera vez en la historia de las cortes internacionales, se llevó a juicio en los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia (y también Ruanda) a los acusados de cometer violencias sexuales y se los condenó por genocidio, crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra. “En períodos de conflicto armado, el desplazamiento femenino surge en mitad de procesos de genocidio y manipulación de la composición demográfica, -como en los caos de Yugoslavia, Ruanda o Somalia-, donde la violación sistemática de las mujeres de un grupo concreto es considerada una forma de limpieza étnica a través de los embarazos forzados” (Arenas, 2005: 74).

4.2 Nacionalidad

El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de refugiado* del ACNUR, en relación con la nacionalidad²²³, establece que este término “no debe entenderse sólo como ‘ciudadanía’, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de ‘raza’. La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional (étnica, lingüística) y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución”. También establece que “no siempre será fácil distinguir entre persecución por motivos de nacionalidad y persecución por motivos de opinión política cuando una pugna entre grupos nacionales se combine con movimientos políticos, especialmente cuando un movimiento político se identifique con una ‘nacionalidad’ determinada y que si bien, en la mayoría de los casos las personas que temen ser perseguidas por motivos de nacionalidad pertenecen a una minoría nacional, se han dado en los distintos continentes muchos casos en los que una persona que pertenece a un grupo mayoritario teme ser perseguida por una minoría dominante”. En la Directiva 2011/95 de reconocimiento, en su artículo 10.1 c) se establece que “el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro estado”. Esta definición es la prevista en la ley española de asilo, artículo 7.1 c).

Aunque la persecución por motivos de nacionalidad no sólo es sufrida por las mujeres sino también por hombres, al igual que sucede con la persecución por motivos de raza, cuando se trata de mujeres se las persigue con una forma de persecución específica en razón de su sexo, sobre todo con violencia sexual como por ejemplo sucedió en la guerra de Yugoslavia. Una petición de asilo por motivos de género puede estar vinculada a motivos de nacionalidad en aquellos casos en los que la legislación

²²³ Párrafos 74-76.

nacional determina que una mujer nacional pierde su nacionalidad cuando contrae matrimonio con un no nacional. El temor de persecución derivará, no del hecho mismo de perder la nacionalidad sino de las consecuencias que de dicha pérdida se pueden derivar (Macklin, 1995).

4.3 Religión

El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de refugiado* del ACNUR²²⁴ establece que “la persecución por motivos de religión puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa”.

El ACNUR publicó directrices específicas sobre persecución por motivos religiosos en el año 2004: *Directrices de Protección Internacional, Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados*²²⁵. En el párrafo 24 de este documento se establece que:

Se le debe prestar especial atención al impacto del género en las solicitudes de asilo por motivos religiosos, pues hombres y mujeres pueden sufrir o temer la persecución por razones religiosas, de diferente manera. Pueden ser relevantes la existencia de códigos de vestimenta, restricciones de movimiento, prácticas tradicionales dañinas o trato desigual o discriminatorio, incluyendo sometimiento a leyes y/o sanciones discriminatorias. En algunos países las jóvenes son entregadas en nombre de la religión para que ejecuten deberes de esclavas o proporcionen servicios sexuales a los clérigos o a otros hombres. También en el nombre de la religión, las menores de edad pueden ser forzadas a contraer matrimonio, ser castigadas por crímenes de honor o

²²⁴ Párrafos 71-73.

²²⁵ HCR/GIP/04/06, de 28 de abril de 2004.

ser sometidas a mutilación genital forzosa. Otras son ofrecidas a las deidades y subsecuentemente compradas por individuos que creen que ellas les concederán ciertos deseos.

En algunos países las mujeres todavía son consideradas “brujas”²²⁶ y son quemadas o lapidadas a muerte. Estas prácticas pueden ser condonadas culturalmente en la comunidad de origen de la solicitante pero aún así pueden constituir persecución. Además, los individuos pueden ser perseguidos a causa de su matrimonio o de su relación con alguien de una religión diferente a la suya. En la Directiva 2011/95 de reconocimiento, en su artículo 10.1 b) se establece que “el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta”. Esta definición es recogida por la ley española de asilo en su artículo 7.1 b).

En muchos países, las prácticas religiosas tienen importantes implicaciones en las relaciones de género aunque es imposible generalizar ya que dependerá del contexto político, de cómo se interpreten por el Estado. Por ejemplo, el Islam y el cristianismo son interpretados por medio de leyes y normas sociales que regulan el comportamiento y que difieren mucho de un país a otro. El rol adjudicado a las mujeres puede ser atribuible a un requisito del Estado o de una religión oficial. Si una mujer no acata el rol o modelo de comportamiento impuesto a las mujeres, puede ser interpretado por el Estado o por el agente de persecución como una negativa a practicar determinadas creencias religiosas, o incluso como un intento de corromper a la sociedad, o como una amenaza al poder religioso. Esto puede suceder incluso en el caso de que una mujer profese la religión oficial pero no se evidencie con su comportamiento externo (Crawley, 2001).

²²⁶ La gran mayoría de peticiones de asilo llevadas a cabo por mujeres perseguidas por ser acusadas de brujas se incardinan dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social (Schnoebelen, 2009).

En muchas ocasiones va a ser muy difícil distinguir entre los motivos religiosos y los motivos políticos. Cuando las características de una religión requieren un determinado comportamiento sólo a las mujeres, el comportamiento contrario puede ser interpretado por las autoridades como una opinión política inaceptable que amenaza la estructura misma del poder político.

4.4 Pertenencia a un determinado grupo social

Los instrumentos internacionales que anteceden a la CG, esto es el documento constitutivo de la Organización Internacional para los Refugiados²²⁷ y el *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*²²⁸ no preveían como motivo de persecución la pertenencia a un determinado grupo social. En los trabajos preparatorios de la CG se generó un amplio debate en torno al artículo 1 que contenía la definición de persona refugiada, sin embargo, la mayor parte de las discusiones giraron en torno a las limitaciones geográficas y temporales, las cláusulas de exclusión o sobre qué debía entenderse por una persona apátrida, y no sobre la inclusión de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Aunque algunas mujeres participaron en la conferencia de plenipotenciarios de la CG como observadoras y representantes de algunas organizaciones internacionales²²⁹, sus intervenciones en los debates del artículo 1 son inexistentes.

La inclusión de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social resultó de una enmienda²³⁰ presentada por la delegación sueca en la que se sostenía que, dado que los casos de grupos sociales perseguidos existían, la CG tenía que nombrarlos expresamente. Suecia, junto con Noruega, Bélgica y Dinamarca, integraban

²²⁷ Agencia especializada de las Naciones Unidas creada el 20 de agosto de 1946 para encargarse de la gran cantidad de personas refugiadas surgidas tras la Segunda Guerra Mundial y que se hizo cargo de la mayoría de las funciones de la organización predecesora, la Administración de Ayuda y Rehabilitación de las Naciones Unidas. La Organización Internacional para los Refugiados dejó de funcionar en 1952 cuando fue reemplazada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

²²⁸ Resolución de la Asamblea General 428 de 14 de diciembre de 1950.

²²⁹ Como la Confederación Internacional de Sindicatos Libres, Unión Católica Internacional de Servicio Social, Consejo Internacional de Mujeres, Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad.

²³⁰ A/CONF. 2/9.

el grupo de países que propugnaba una definición de persona refugiada más amplia y que estaban en contra de la pretensión de Francia de limitar el concepto de persona refugiada al ámbito europeo.

La falta de debate sustantivo sobre dicho tema sugiere que ejemplos contemporáneos de ese tipo de persecución debieron haber estado en la mente de los redactores de la Convención, como los resultantes de reestructurar la sociedad emprendida en Estados socialistas y la especial atención dedicada a los propietarios, miembros de la clase capitalista, a la gente de negocios independientes, a la clase media y a sus familias. La intención inicial pudo haber sido proteger contra nuevas formas de daños; menos claro es si la noción de grupo social se esperaba que se aplicara a nuevos grupos que enfrentasen nuevas formas de persecución (Goodwin-Gill, 1996).

Por otro lado, la delegación yugoslava propuso que la palabra “o sexo” fuera añadida en la cláusula que prohibía la discriminación pero la propuesta fue rechazada porque, en palabras del delgado británico, “la igualdad de los sexos era una cuestión de legislación nacional”²³¹ (Spijkerboer, 1994: 1). En consecuencia, la propia prohibición de discriminación recogida en el artículo 3 de la CG sólo prohíbe la discriminación por motivos de raza, religión o país de origen sin hacer ninguna mención a la prohibición de discriminación por razón de sexo recogida ya en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en la *Carta de las Naciones Unidas* a las que la CG invoca en su preámbulo. En cualquier caso, pese a que no queda muy claro qué tipo de persecuciones se pretendía proteger con la introducción de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social, sí resulta claro que no se estaba pensando en la persecución por motivos de género (Musalo, 2001). En apoyo de esta afirmación hemos de tener en cuenta que en la concepción inicial de la CG el agente de persecución era siempre estatal (Santolaya, 2000) y, en la mayor parte de casos en que se persigue a una persona por motivos de género, estamos ante una persecución llevada a cabo no por el Estado sino por agentes no estatales.

231 UN Doc A/CONF.2/SR.5, página 9.

Tras más de cincuenta años de aplicación de la CG, la persecución por pertenencia a un determinado grupo social puede configurarse como un mecanismo para dar cabida a la gran variedad de persecuciones que pueden darse y que no encajan en ninguno de los otros cuatro motivos previstos. Podría entenderse como una herramienta para adaptar la protección a lo cambiante que puede ser una persecución tanto a lo largo de la historia como desde diferentes culturas, por ello es un motivo abierto y no existe un listado de grupos sociales. Santolaya (2011: 111) lo ha entendido como “una categoría o concepto residual” y Musalo et al. (2002: 547) como un “cajón de sastre” donde puede tener cabida todo lo que no la tiene dentro de los otros cuatro motivos, aunque se pregunta si no sería más apropiado considerar los otros cuatro motivos de persecución como formas particulares de grupos sociales definidos en términos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, en vez de considerarlo una amalgama de motivos no enumerados de segunda clase. Fullerton (1993) sostiene que es significativo que la definición de persona refugiada se refiera a grupo social más que a grupo étnico o grupos minoritarios o grupos culturales, y señala (1993: 524) que “el término grupo social es más amplio que los otros términos ya que puede englobar a todos estos grupos”. Consecuentemente, concluye que la elección del término grupo social intenta formular una definición de persona refugiada amplia e inclusiva.

El uso de la categoría persecución por pertenencia a un determinado grupo social para dar protección a mujeres que hayan trasgredido costumbres sociales o religiosas fue la postura adoptada inicialmente por el ACNUR y por la jurisprudencia de algunos países. Como ejemplo tenemos la Conclusión nº 39 del Comité Ejecutivo del ACNUR (1985) en la que, como ya he indicado anteriormente, se instaba a los Estados para que interpretasen la CG de un modo que permitiera que las mujeres en busca de asilo que se enfrentasen a tratos crueles o inhumanos debido a haber trasgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, fuesen reconocidas como un “determinado grupo social”. En el 2002, el ACNUR, en las *Directrices de Protección Internacional sobre pertenencia a un determinado grupo social* amplía su posicionamiento al establecer que “una solicitante puede alegar que está en riesgo de persecución por rehusarse a usar la ropa tradicional. Dependiendo de las

circunstancias particulares de una sociedad, puede entablar una demanda basada en la opinión política (si su conducta es percibida por el Estado como una declaración política que se intenta reprimir), en motivos religiosos (si su conducta está basada en convicciones religiosas contrarias a las del Estado) o la pertenencia a un determinado grupo social”. Ello no obstante, pese a esta “apertura de miras” a admitir motivos distintos de la pertenencia a un determinado grupo social para los supuestos de persecución por motivos de género, siguen existiendo reticencias a calificar dichas persecuciones como políticas, y la calificación de las mismas como pertenencia a un determinado grupo social sigue siendo el criterio que prevalece, aunque queda claro que los motivos de la CG no son mutuamente excluyentes y que se puede sufrir una discriminación interseccional que haga que puedan concurrir varios motivos de persecución. Uno de los resultados obtenidos en un estudio llevado a cabo en 2012 sobre persecución por motivos de género en Europa, fue que en todos los países objeto de estudio²³², la persecución por motivos de género se subsume mayoritariamente dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social (Cheik Ali et al., 2012).

En el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* del ACNUR²³³ se establece que el grupo social “suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares; La pertenencia a ese determinado grupo social puede ser la causa fundamental de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental”.

Esta era la única definición de grupo social existente hasta que en 1995 en Estados Unidos se resolvió el caso *Acosta*²³⁴. El solicitante alegó que la persecución

²³² Francia, Bélgica, Hungría, Italia, Malta, Rumania, España, Suecia y Reino Unido.

²³³ Párrafos 77 a 79.

²³⁴ Matter of Acosta, A-24159781, 12 May 1989.

que sufría era por su pertenencia a un determinado grupo social, “taxista de la cooperativa a la que él pertenecía y que se negaban a llevar a cabo los paros laborales exigidos por la guerrilla”. Esta sentencia fue paradigmática para la jurisprudencia de otros países e incluso para el ACNUR quien, al publicar las *Directrices de Protección Internacional sobre pertenencia a un determinado grupo social*, recoge la definición de grupo social de *Acosta*.

En *Acosta* la persecución por pertenencia a un determinado grupo social se define como una persecución dirigida a un individuo que es miembro de un grupo de personas que comparten una característica común e inmutable. Según recoge esta sentencia la característica compartida puede ser innata como el sexo, color, los lazos familiares o, en determinadas circunstancias, puede ser una experiencia pasada común, como por ejemplo un antiguo cargo militar o ser propietario de tierras. Cualquiera que sea esta característica, debe ser una que los miembros del grupo no puedan cambiar o que, aunque puedan cambiar, sea tan fundamental para su identidad que no pueda exigírsele renunciar a ella. Esta sentencia recoge la definición de grupo social desde el enfoque de las características protegidas o *ejusdem generis*.

Hathaway (1991) haciéndose eco del enfoque adoptado en Estados Unidos en el caso *Acosta*, distingue tres tipos de grupos sociales:

1. Grupos definidos por una característica innata, inalterable.
2. Grupos definidos por su estatus pasado temporal o voluntario en la medida en que no está en sus manos el poder cambiarla.
3. Grupos definidos por su voluntad de asociación en la medida que dicha asociación es tan fundamental para la dignidad que no deben ser requeridos a abandonarla.

Como ejemplos de características que pueden configurar un grupo de los incluidos en primer lugar señala el sexo. Sostiene que “mujeres solteras viviendo en un país musulmán sin protección de un pariente masculino” es un grupo social reconocible, ya que los miembros del grupo no pueden controlar ni el sexo ni la ausencia de parientes masculinos, y la elección del estado civil es un derecho

fundamental al que nadie puede ser obligado a renunciar. También considera a los homosexuales, bisexuales y a la familia como grupo social. En Estados Unidos se ha reconocido a la familia como un grupo social en *Ananeh-Firempong* (1985)²³⁵, *Gebremichael* (1993)²³⁶, *Aguirre Cervantes* (2001)²³⁷. Con respecto a la clase social, si la misma comparte una característica que no es inmutable y que no es fundamental para la dignidad humana entonces no constituirían un grupo social, como por ejemplo el caso de una clase social que se niegue a renunciar a sus privilegios. En el supuesto de que esta misma clase social hubiera renunciado a sus privilegios y fuera igualmente perseguida simplemente por haber pertenecido en el pasado a dicha clase social, sí podría constituir un grupo social. De manera provocativa, sugiere que la clase social “pobres” podría constituir un grupo social ya que la pobreza es una condición a la que las personas no pueden voluntariamente renunciar. Ni que decir tiene que esta última propuesta doctrinal no tiene ninguna acogida en la práctica.

La última categoría de grupo social que Hathaway examina son las asociaciones voluntarias. Sugiere que existe una presunción contraria a que las asociaciones voluntarias puedan ser consideradas como grupo social porque el abuso puede cesar con la decisión de dejar de formar parte de dicha asociación. Sin embargo, esto no es así en los supuestos en que la pertenencia a dicha asociación voluntaria es fundamental para la dignidad humana, o sea una cuestión de conciencia o un derecho fundamental. Así pues, los clubes recreativos no constituirían un grupo social pero sí lo sería una asociación voluntaria de estudiantes que estuviera luchando por el derecho a la educación. Los grupos caracterizados por la profesión o el empleo también podrían constituir un grupo social en la medida que persiguen el derecho a elegir una

²³⁵ *Beatrice Ananeh-Firempong v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 84-1997, United States of Appeals for the First Circuit, 766 F.2d 621, 24 June 1985.

²³⁶ *Tesfaye Aberra Gebremichael v. Immigration and Naturalization Service*, Nºs 93-1678, 93-1486, United States Courts of Appeal for the First Circuit, 10 F. 3d 28, 23 November 1993.

²³⁷ *Rosalba Aguirre-Cervantes a.k.a. María Esperanza Castillo v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 99-70861, United States Courts of Appeals for the Ninth Circuit, A-76-627-200, Argued and submitted 7 February, 2001, Filed 21 March, 2001.

ocupación así como aquellos/as que pertenecen a un sindicato, basándose en el derecho a la libre sindicación y a reclamar condiciones de trabajo justas²³⁸.

También sumamente importante es la actitud de otros grupos en la sociedad ante el supuesto grupo social y, en particular, el tratamiento dado por las autoridades del Estado. La importancia y la identidad de un grupo social puede estar en proporción directa a la percepción que otros tengan de dicho grupo sobre todo a nivel oficial. Por lo tanto, la noción de grupo social posee un elemento abierto que potencialmente es capaz de expandirse a favor de una variedad de diferentes clases de persecución.

En las *Directrices de Protección Internacional sobre pertenencia a un determinado grupo social* se hace referencia a dos enfoques en el modo de abordar el grupo social que se han dado en la toma de decisiones en derecho consuetudinario: el enfoque de las características protegidas y el enfoque de la percepción social. El enfoque de las características protegidas, enfoque adoptado en el caso *Acosta*, tal y como acabo de exponer más arriba, analiza si un grupo está unido por una característica inmutable o por una característica fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar. Según esta definición una característica inmutable puede ser natural (como el sexo o la etnia) o inmutable por otras razones (como el hecho histórico de una asociación, ocupación o condición pasada). El enfoque de la percepción social examina si un grupo comparte o no una característica común que los convierta en un grupo conocido, o que los distinga del resto de la sociedad en general. Bajo ambos enfoques las mujeres, los homosexuales y las familias pueden constituir un grupo social. El análisis de estos dos enfoques con frecuencia es coincidente porque los grupos cuyos miembros son perseguidos por una característica inmutable o fundamental común, a menudo se perciben como un grupo social en sus respectivas sociedades. Sin embargo, algunas veces los enfoques pueden

²³⁸ Según Goodwin-Gill (1996:47-48) una definición amplia de grupo social es impracticable sino imposible pero los elementos esenciales de esta definición será el compartir intereses, valores o antecedentes – una combinación de circunstancias que se pueden elegir y otras que no están bajo el control de los miembros del grupo. Al determinar si un determinado grupo de personas constituye un grupo social según la CG debe prestarse atención a la presencia de factores que unen a las personas como factores étnicos, culturales, lingüísticos, educación, antecedentes familiares, actividad económica, valores compartidos, puntos de vista y aspiraciones.

dar resultados diferentes. Por ejemplo, la percepción social común puede reconocer como grupos sociales a las asociaciones fundamentadas en una característica que no es ni inmutable ni de relevancia para la dignidad humana, tal como la ocupación o la clase social²³⁹.

La definición de grupo social de este documento recoge ambos enfoques de un modo subsidiario: “Un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte 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”²⁴⁰. Si una solicitante alega que un grupo social está fundamentado en una característica que es inmutable o fundamental existirá dicho grupo social. Si por el contrario se alega que un grupo social está fundamentado en una característica determinada que no sea inmutable o fundamental, se deberá realizar un análisis más a fondo para determinar, no obstante, si el grupo se percibe como un grupo conocido en esa sociedad. De esta manera, por ejemplo, si se determina que poseer una tienda o participar en ciertas ocupaciones en una determinada sociedad no es un aspecto inalterable ni fundamental para la identidad humana, el dueño de la tienda o los miembros de una determinada profesión podrían constituir un grupo social en particular, si la sociedad en donde ellos están reconocidos como grupo los margina. Es decir que el grupo social quedará configurado si se cumple con el enfoque de las características protegidas y, sólo en el caso de que dicho enfoque no se cumpla, se analizará el grupo social desde el enfoque de la percepción social. Se considera que el sexo puede incluirse como característica dentro del ámbito 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 y, por ello son identificadas socialmente como grupo”²⁴¹.

²³⁹ Párrafo 9.

²⁴⁰ Párrafo 6.

²⁴¹ Párrafo 30.

Esta interpretación de la pertenencia a un grupo social que aplica sendos enfoques de manera subsidiaria facilita el reconocimiento de las mujeres como refugiadas, pero este documento del ACNUR, al igual que todas las Directrices de Protección Internacional promulgadas por dicho organismo, no es vinculante. La Directiva 2011/95 de reconocimiento recoge en su artículo 10 la definición de grupo social del ACNUR en sus dos enfoques, el de las características protegidas y el de la percepción social, pero no lo hace de modo subsidiario sino como enfoques que deben cumplirse simultáneamente. Ello sin duda alguna dificulta el reconocimiento de un grupo de personas como un grupo social y, por lo tanto, dificulta el reconocimiento de una persona como refugiada. Esta definición de grupo social es la misma que se recoge en la ley 12/2009 de asilo española.

Pese a que la mayor parte de las peticiones de asilo de personas perseguidas por motivos de género se subsumen dentro de la categoría de pertenencia a un determinado grupo social, en mi opinión, esta categoría es problemática por varias razones. Un obstáculo es el tamaño del grupo social y otro que el grupo social no puede definirse exclusivamente por el hecho de sufrir la misma persecución. Como ya he mencionado anteriormente en *Islam y Shah (1999)*, dos mujeres procedentes de Pakistán habían huido por ser víctimas de violencia machista en pareja y solicitaron asilo en Reino Unido. La Cámara de los Lores concluyó que “mujeres en Pakistán” constituía un grupo social ya que se había acreditado la discriminación institucionalizada contra las mujeres en su país en donde el abuso doméstico era una práctica habitual tolerada por el Estado. Sin embargo, el debate sobre la configuración del grupo social fue amplio en instancias judiciales previas ya que se negaba que el simple hecho de ser mujeres pudiera constituir un grupo social por ser el grupo demasiado extenso. Ni siquiera el hecho de ser mujeres víctimas de violencia por parte de sus esposos porque, en este caso, la única característica que uniría a este grupo sería la persecución sufrida, esto es, la violencia machista en pareja. El grupo social debía existir con independencia de la persecución sufrida. Por el contrario, la Cámara de los Lores sostuvo que había una estrecha relación entre el trato discriminatorio temido por las apelantes y su incapacidad de obtener protección estatal. Las mujeres en Pakistán son discriminadas y, como grupo, no gozan de la protección del Estado ya

que éste tolera su discriminación. Ambas solicitantes fueron reconocidas como refugiadas por pertenencia al grupo social de “mujeres de Pakistán”, sosteniéndose que las características comunes, el sexo, las sospechas de adulterio y la falta de protección estatal existían con independencia de la persecución efectivamente sufrida. Otro caso de Estados Unidos, donde el grupo social se define ampliamente como “mujeres somalíes” en relación con la mutilación genital femenina, es el de *Mohamed* (2005)²⁴² atendiendo a que en Somalia el noventa y ocho por cien de las mujeres son sometidas a dicha práctica.

Otro problema que se plantea con la configuración del grupo social es que existe una tendencia a limitar la interpretación de la CG para reconocer cada vez a un número menor de personas refugiadas. Esta interpretación restrictiva se da en todos los aspectos regulados en la CG pero el que ahora me interesa destacar es cómo la jurisprudencia norteamericana, que ha sido un modelo para el resto de países tanto europeos como no europeos, ha evolucionado en relación con la configuración del grupo social exigiendo cada vez más requisitos que van restringiendo este concepto y que hará cada vez más difícil poder subsumir un caso en este tipo de persecución por pertenencia a un determinado grupo social, sobre todo si se trata de casos de persecución por motivos de género.

En Estados Unidos, en el tratamiento jurisprudencial de la configuración de grupo social cabe distinguir tres aproximaciones diferentes a la definición de grupo social, aproximaciones que son sucesivas en el tiempo. La primera de ellas tendría en cuenta como requisitos para configurar un grupo social únicamente factores internos del grupo: el poseer una característica común inmutable, innata o fundamental para la identidad, es decir, el enfoque de las características protegidas o *ejusdem generis*, definición recogida en el caso *Acosta* (1985). Recordemos que el grupo social fue configurado como “taxistas de la cooperativa que se negaban a llevar a cabo los paros laborales exigidos por la guerrilla en Colombia”. La segunda, también centrada en

²⁴² *Mohamed-Erfan E. Mahmoud v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 95-70803, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Fed. R. App. P. 34 (a); 9th Cir. R. 34-4, submitted 22 April, 1996, Filed 29 April, 1996.

factores internos, daría relevancia a la asociación voluntaria de los integrantes del grupo social más a que compartir características innatas o fundamentales para la identidad. Esta argumentación viene recogida en el caso *Sánchez Trujillo* (1986)²⁴³. El grupo social en esta sentencia venía configurado como “hombres jóvenes, de procedencia urbana, de clase trabajadora, en edad militar que no han hecho el servicio militar y que nunca han expresado apoyo alguno al gobierno de El Salvador”. En *Sánchez Trujillo* se afirma que un grupo social debe ser a) un grupo cohesivo, homogéneo, un grupo de personas estrechamente unidos los unos a los otros que actúan movidos por un interés común, y b) debe existir una relación de asociación voluntaria entre los supuestos miembros del grupo que les otorga una característica que es fundamental para su identidad como miembros de ese grupo social.

Estos dos requisitos impiden el que se puedan reconocer grupos sociales amplios como los perseguidos por motivos de género ya que estos grupos normalmente no serán ni homogéneos ni cohesivos ya que sus miembros pueden llevar diversos tipos de vida, intereses y opiniones políticas diferentes. Imaginemos el caso de un grupo formado por mujeres víctimas de violencia machista en pareja en un determinado país: podrán tener el interés común de que cese la violencia contra ellas pero puede tratarse de mujeres de diferentes etnias, diferentes procedencia dentro de un mismo país (urbana o rural), de diferente estatus social, diferente nivel educativo, etc. Tampoco cumplirán con la exigencia de relación de asociación voluntaria ya que normalmente no estarán asociadas, salvo algunos casos muy puntuales. Un ejemplo de asociación voluntaria podría ser el de un grupo de personas homosexuales que se agrupen para defender sus derechos y luchar contra la situación discriminatoria que sufren. Aunque a menudo tampoco las personas perseguidas por su orientación o identidad sexual puedan cumplir con este requisito de asociación voluntaria, por cuanto “una forma de autoprotegerse contra la persecución que sufren es evitar

²⁴³ *Luis Alonzo Sánchez-Trujillo y Luis Armando Escobar-Nieto v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 85-7609, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 801 F. 2d. 1571, Argued and Submitted Septiembre 11, 1986, Decided October 15, 1986.

cualquier forma asociativa e incluso a veces negar su propia identidad sexual” (Goldberg, 1993: 612).

Por ello, se puede afirmar que frente a la interpretación amplia de grupo social que se realiza en el caso *Acosta* surge la interpretación restrictiva de grupo social en *Sánchez Trujillo*. En ésta última se establece que ni la edad ni el sexo, ni siquiera combinados con otras características como el trabajo, la clase, residencia urbana etc. tiene relación en la probabilidad de persecución. Sin embargo, la propia sentencia incurre en contradicción cuando sostiene que la familia es el prototípico ejemplo de grupo social ya que “difícilmente se compatibiliza esta afirmación con la que exige una relación de asociación voluntaria entre los miembros del grupo, pues entre los miembros de una familia la característica que les une es innata e inmutable, no voluntariamente elegida” (Daugherty, 2003: 642). Lo que evidencia esta sentencia es la tendencia a no reconocer grupos sociales amplios, invirtiendo la tendencia iniciada con *Acosta* y, por el contrario, a configurar los grupos de la manera más concreta posible. “Construir los grupos sociales de forma concreta y limitada hace que sea muy difícil que las sentencias que se dictan puedan ser utilizadas como precedentes en otros casos” (Gillespie, 2003:142).

Ni *Sánchez-Trujillo* ni *Acosta* tienen en cuenta factores externos al configurar un grupo social. En cambio en *Gómez (1991)*²⁴⁴ sí se va a exigir factores externos: el enfoque de la percepción social, es decir, que el grupo social sea visto como tal desde el exterior, por la sociedad y/o por el agente de persecución. El grupo social se configuró como “mujeres que habían sido previamente golpeadas y violadas por la guerrilla en El Salvador”. El tribunal considera que la solicitante no forma parte de un grupo social puesto que para que éste exista debe tratarse de un grupo de personas que posean determinada característica en común que sirva para diferenciarlos a los ojos del agente de persecución y del mundo en general, y esto no sucede en el presente caso. Es decir, no basta que se comparta una característica común sino que,

²⁴⁴ *Gómez v. Immigration and Naturalization Service*. 947 F.2d 660. United States Court of Appeals for the Second Circuit. 28 October 1991.

además, debido a dicha característica el grupo debe ser percibido como tal por la sociedad. Se exige ambos enfoques, el de las características protegidas y el de la percepción social de manera simultánea al igual que la Directiva 2011/95 y la ley 12/2009 de asilo española cuando las *Directrices de Protección Internacional sobre grupo social* del ACNUR indican que tales enfoques son subsidiarios.

En *Gómez*, al igual que en *Sánchez Trujillo*, se establece que la posesión de características compartidas por un amplio sector de la población como son el sexo o la juventud no son aptas para configurar un grupo social. La evolución de la jurisprudencia sobre grupo social dificulta el reconocimiento de las mujeres como refugiadas. Una vez reconocido que las mujeres pueden formar parte de un grupo social y pueden ser reconocidas como refugiadas, se buscan otros canales para seguir denegándoles la protección internacional mediante una interpretación restrictiva de grupo social, añadiendo nuevos requisitos para su configuración.

Los problemas que se presentan para subsumir las peticiones de asilo que llevan a cabo las mujeres perseguidas por motivos de género dentro de la categoría de pertenencia a un determinado grupo social deriva de confundir el grupo social con otras colectividades de personas como el *agregado* (Young, 1994). El enfoque de las características protegidas basado en compartir una característica común innata e inmutable confunde el *grupo social* con un *agregado* de personas, es decir “cualquier clasificación de personas que pueden agregarse según un número indefinido de atributos, todos ellos igualmente arbitrarios: el color de los ojos, la marca del coche que conducen, etc. A veces, los grupos que tienen una notoriedad emocional y social en nuestra sociedad se interpretan como agregados, como clasificaciones subsidiarias de personas según atributos como el color de la piel, los genitales o años vividos” (Young, 1994: 109)²⁴⁵. Sin embargo, un grupo social no se define primariamente por un

²⁴⁵ Young también hace referencia a las *asociaciones*, entendiendo por tal “una colectividad de personas que se juntaron voluntariamente”, como sucede en un club, una empresa, un partido político, una Iglesia, un colegio, una organización de cabildo o un grupo de presión” (Young, 1994: 109). En el caso de una asociación, si lo que hace que las personas se unan no es algo fundamental para su identidad, la conciencia o el ejercicio de sus derechos humanos, no se trataría de un grupo social para la legislación de asilo.

conjunto de atributos compartidos sino por un sentido de identidad que tienen las personas que lo integran.

Lo que define a las personas negras estadounidenses como grupo social no es primeramente el color de su piel, como pone de manifiesto el hecho de que alguna persona cuyo color de piel es notoriamente claro se identifiquen como personas negras. Aunque en algunas ocasiones los atributos objetivos constituyen una condición necesaria para clasificar a unos u otros como miembros de cierto grupo social, lo que realmente define al grupo como tal es la identificación de ciertas personas con un estatus social, la historia común que ese estatus social produce y la autoidentificación [...]. Un grupo social implica en primer lugar una afinidad con otras personas, afinidad a través de la cual dichas personas se identifican mutuamente y a través de la cual otras personas las identifican a ellas. Un sentido de la historia particular, la comprensión de las relaciones sociales y de las posibilidades personales, su manera de razonar, los valores y los estilos expresivos de las personas están constituidos, al menos parcialmente, por su identidad grupal (Young, 1994: 109).

Si la definición de grupo social del ACNUR basada en el enfoque de las características protegidas diera mayor peso al compartir una característica fundamental para la identidad de las personas y no tanto al compartir una característica natural e inmutable, se aproximaría más a la definición de grupo social de Young, facilitando el reconocimiento de las mujeres como refugiadas. Igualmente si la definición de grupo social de la Directiva 2011/95 de reconocimiento y la de la ley 12/2009 de asilo española, en lugar de exigir la concurrencia de los enfoques de las características protegidas y el de la percepción social, exigiese ambos enfoque de forma subsidiaria y partiesen de la definición de grupo social de Young se facilitarían el reconocimiento de las mujeres como refugiadas.

Los problemas que plantea subsumir las peticiones de asilo que llevan a cabo las mujeres perseguidas por motivos de género dentro de la categoría de pertenencia a un determinado grupo social son una de las razones por las que sostengo que este tipo de

persecuciones pudieran ser más fácilmente subsumibles dentro de las persecuciones por motivos políticos si las relaciones de género son reconceptualizadas (Crawley, 2001). Superando la dicotomía público/privado podría argumentarse que las mujeres que se niegan a cumplir normas sociales, eligiendo por ejemplo no casarse, están siendo perseguidas, no porque sean mujeres sino porque se están oponiendo activamente a una política o una determinada religión (Spijkerboer, 1994). Volviendo al ejemplo de grupo social expuesto al principio de este epígrafe por Hathaway “mujeres solteras viviendo en un país musulmán sin la protección de un pariente masculino” podría argumentarse que estas mujeres son perseguidas por mantener una determinada opinión política, es decir, mujeres que libremente han decidido no casarse para no tener que pasar del sometimiento del poder paterno al poder del esposo. Así se destaca la importancia de examinar cada caso teniendo en cuenta las diferentes experiencias individuales de persecución de las mujeres. Si las mujeres han elegido vivir sin un pariente masculino y son perseguidas por haber tomado esta decisión, el motivo de persecución es político (o al menos, imputación de opinión política). Si subsumimos todas las peticiones de asilo bajo la categoría de pertenencia a un determinado grupo social la “capacidad de agencia” de las mujeres queda muy reducida.

Otro problema es la propia definición de grupo social ya que trata a las mujeres como un grupo homogéneo y define el sexo como una característica innata e inmutable, biológica y no cultural. Este problema se ha planteado en relación con peticiones de asilo de transexuales. En *Hernández Montiel (2000)*²⁴⁶, un caso de una transexual mexicana que solicitó asilo en Estados Unidos, se establece un nuevo estándar con respecto a la inmutabilidad de la característica compartida por las personas para configurar un grupo social. Establece que el estándar exigido es el de una inmutabilidad débil (*soft inmutability*). Esta concepción de la inmutabilidad débil evita un enfoque biológico que únicamente proteja las características innatas como la

²⁴⁶ *Geovanni Hernández Montiel, Petitioner v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 98-70582, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit. 225 F. 3d 1084, Argued and Submitted December 8, 1999, Filed August 24, 2000.

configuración cromosómica, los órganos sexuales internos y el sexo de nacimiento, extendiendo la protección basada en características adoptadas con el tiempo que incluyen comportamientos, características del carácter y formas de vestir. Por ejemplo, Hernández Montiel tendría dificultades para demostrar que su identidad es inmutable ya que un componente primordial de esa identidad es el deseo de cambiar el sexo anatómico con el que ha nacido. Mientras que la mayoría de personas no transexuales considera su sexo inmutable no ocurre lo mismo con los transexuales. A esta ficción jurídica a la que el derecho ha tenido que recurrir por partir del *sistema sexo/género* se le ha llamado “identidad preformativa” (Landau, 2005: 251).

4.5 Motivos políticos

El ACNUR mantiene que “el hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no justifica en sí mismo la reclamación de la condición de refugiado y el solicitante debe demostrar que abriga temores de ser perseguido por sostener tales opiniones. Esto supone que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos. También presupone que las autoridades tengan noticias de esas opiniones o que se las atribuyan al solicitante”²⁴⁷, admitiendo también, por tanto, la imputación de motivos políticos.

Respecto de los motivos políticos sólo reiterar todo lo expuesto anteriormente sobre la necesidad de reinterpretar “lo político” de un modo inclusivo, entendiendo por tal no sólo aquello que tiene que ver con el ámbito público; reconocer la imputación de los motivos políticos; reconocer como político no sólo la opinión que se tenga sobre un gobierno sino también la opinión que se tenga sobre el tratamiento y el estatus de las mujeres en un país o según su cultura, religión o grupo étnico (Connors, 1997, Aliaskari, 2000); y reconocer que ser feminista es mostrar una opinión política y, por tanto, todas aquellas personas que puedan demostrar un temor fundado de persecución por razón de sus creencias sobre el estatus de las mujeres pueden ser

²⁴⁷ Párrafo 80 del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

reconocidas como refugiadas por motivos políticos, ya sean reales o imputados. Identificar la resistencia de las mujeres a la subordinación como opinión política es profundamente feminista (Macklin, 1995).

Con la exposición de los motivos de persecución previstos en la CG doy por finalizado el estudio de los elementos integrantes de la definición de persona refugiada y paso a abordar el estudio de diferentes formas de violencia contra las mujeres como persecución y requisito para ser reconocidas como refugiadas. Los tipos de violencia que voy a analizar son los siguientes: violación, mutilación genital femenina, orientación e identidad sexual, trata de mujeres para la explotación sexual, transgresión de costumbres o normas sociales, violencia machista en pareja y esterilización forzosa. Tal y como he explicado en la parte introductoria, voy a centrarme en el tratamiento dado a cada tipo de violencia por parte de los tribunales en Estados Unidos y en España. En la inmensa mayoría de estos casos en que estos actos de violencia contra las mujeres se han reconocidos como persecución, el resultado positivo se ha obtenido tras recurrir a varias instancias judiciales.

VI. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO PERSECUCIÓN: ESTATUTO DE REFUGIADA

1. Violación

La violencia sexual, incluida la violación, puede tener lugar en muy diferentes contextos: “puede ser motivada políticamente de manera explícita como sucede en el caso de ser utilizada como un método interrogatorio o como parte de un proceso de limpieza étnica, o puede suceder en situaciones de violencia generalizada como una guerra civil” (Shapiro, 2000: 474). El uso de violencia sexual para castigar a mujeres políticamente activas tiene un objetivo simbólico ya que la violación y la violencia sexual son utilizadas como parte de un proceso político, como una estrategia de poder y dominio (Crawley, 2001). Cuando agresión y sexualidad se entrelazan es muy difícil mantener la defensa psicológica, concretamente defenderse una misma del sentimiento de vergüenza por percibirse como cómplice de una acción prohibida que puede afectar a la parte más íntima de la identidad de las mujeres. Cuando las mujeres son violadas la naturaleza sexual de la ofensa puede servir para incorrectamente

personalizar la motivación de la agresión. Como sostiene Musalo (2005:12), “si un hombre es golpeado durante un conflicto político o torturado después de haber practicado su religión abiertamente en un país en el que dicha práctica no está permitida, se presupone que el daño o la tortura causada es debida a razones políticas o religiosas. Sin embargo, si una mujer es violada durante un conflicto político o tras haber practicado su religión no se presumirá que se debe a razones políticas o religiosas sino que el hecho será visto como expresión del deseo sexual del perseguidor”. Esta caracterización de la violación persiste aunque la propia historia – incluyendo la historia reciente en Ruanda o en la antigua Yugoslavia- nos muestra que la violación se utiliza como estrategia de guerra y como una forma de persecución política, religiosa o étnica.

Un modo de despolitizar y personalizar la violación como violencia política es entenderla como un acto privado en lugar de entenderla como persecución, de este modo su naturaleza violenta se trivializa. Al despolitizar la motivación del agente de persecución, a la solicitante de asilo le resulta imposible cumplir con el requisito del nexo causal, esto es acreditar que la persecución se produce por uno de los motivos previstos en la CG. Esto sucede por ejemplo en el caso *Campos Guardado* (1985)²⁴⁸. La solicitante era una mujer nacional de El Salvador. En una de las visitas a su tío, presidente de una cooperativa agrícola local, éste le explicó que unos días antes habían acudido dos hombres que le pidieron dinero y él se negó a dárselo. Al día siguiente una mujer y dos hombres con rifles volvieron a la casa, echaron la puerta abajo, y forzaron a las mujeres de la familia a ver cómo cortaban la carne del cuerpo de su tío y de sus primos y ver como les mataban. Acto seguido violaron a las mujeres, incluida la solicitante, mientras la mujer que acompañaba a los asaltantes gritaba eslóganes políticos. La solicitante sufrió una crisis nerviosa y estuvo ingresada en el hospital. En una de sus visitas a sus padres, llegaron dos jóvenes a quienes su madre le presentó como sus primos que se habían escapado de la guerrilla y se habían

²⁴⁸ *Sofía Campos Guardado v. Immigration and Naturalization Service*, 809 F.2d 285, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 9 March 1987.

establecido en el vecindario. La solicitante reconoció a uno de ellos como uno de los que la había violado. Él la amenazó con matarla si contaba lo que ambos conocían.

El tribunal considera que la solicitante es perseguida por motivos personales y no por ninguno de los motivos previstos en la CG. El tribunal ignoró que la solicitante no necesita exponer una particular opinión política para plantear con éxito una queja de persecución por motivos políticos ya que la opinión política es imputada a la solicitante por el agente perseguidor dado que la mera presencia de ella en la casa iba a ser interpretada por los asaltantes como conformidad o afinidad con la ideología del propietario de la casa, su pariente masculino (Castel, 1992). Tampoco tuvo en cuenta que en las sociedades patriarcales normalmente se considera que las creencias e ideología de las mujeres es la misma que la de los hombres de la familia, padres, esposos, hermanos, tíos y por ello puede concluirse que, de la relación de una mujer con uno de estos hombres, puede derivarse una persecución por imputación de una ideología política sin tener en cuenta lo que ella realmente piense (Crawley, 2001, Kelly, 1994, Macklin, 1995). Esto se ve reflejado en el hecho de que muchas mujeres solicitantes de asilo son perseguidas por las actividades, opiniones o creencias de sus esposos, padres, hermanos o hijos.

Considerar que el motivo por el que se viola a una mujer es personal supone una manera muy particular de entender la sexualidad masculina. Ésta es percibida como innata, independiente y biológica, que busca la satisfacción y que el hombre no es capaz de controlar. En consecuencia es percibida como privada, incluso cuando es cometida durante un interrogatorio y es rechazada por entenderla como un comportamiento aberrante de un individuo y no como un comportamiento condonado y alentado por el gobierno (Spijkerboer, 1994). Sin embargo, si la entendemos como un acto violento realizado con la finalidad de dañar, humillar, dominar y controlar a la víctima (Crawford, 2000), de someterla al poder masculino, entonces la violación deja de ser algo personal y privado y pasa a ser persecución por motivos políticos: se persigue a las mujeres por medio de la violación para mantener su subordinación. Al poder equiparse la violación a persecución, es un motivo legítimo para solicitar asilo y por el que se puede ser reconocida como refugiada.

Así ha sido reconocido en la jurisprudencia de Estados Unidos, en *Lazo Majano* (1987) y *D-V* (1993)²⁴⁹. En el primer caso, la solicitante es una mujer nacional de El Salvador que solicitó asilo en Estado Unidos. Su esposo había abandonado con anterioridad el país por motivos políticos. El sargento Zúñiga, a quien ésta conocía desde que era niña, le propuso contratarla para que lavara su ropa y ésta aceptó. Cuando el sargento supo que su esposo no estaba con ella, un día la violó a punta de pistola. Pese a ello, ella continuó trabajando para él. En una ocasión rompió su carné de identidad y le obligó a comérselo. En una de las reiteradas palizas le provocó un coágulo en el ojo y la solicitante pensó que lo iba a perder. La solicitante quería escapar de su maltratador pero no sabía cómo. La amenazaba con que si su esposo volvía los mataría a los dos acusándoles de subversivos y con matarla a ella si contaba a alguien lo que estaba sucediendo entre ellos. El tribunal considera que existen pruebas de la persecución sufrida por la solicitante: intimidaciones, heridas, violaciones y esclavitud; que el hecho de que la solicitante permaneciese con Zúñiga tras el primer ataque no fue más que por miedo; que la persecución fue llevada a cabo por un miembro de las fuerzas armadas; cuando analiza el nexo causal se pregunta si la solicitante es perseguida por motivos políticos o por puros motivos personales. La opinión política en este caso debe significar la opinión política de la víctima, tal y como es percibida por el agente perseguidor con independencia de que sea cierto o no. Zúñiga piensa que tiene el derecho a dominar a la solicitante, que ésta debe acatar este dominio y que ella, al huir de esta relación, está desafiando su poder y que no tiene derecho a hacerlo.

En *D-V* (1993) la solicitante es una mujer nacional de Haití que trabajó durante seis años en una oficina gubernamental del gobierno de Aristide. Tuvo que dejar el trabajo por los problemas que tenía con un compañero contrario a Aristide que la amenazaba continuamente con que “cuando Aristide cayera ella pagaría”. Tras la caída de éste, una noche unos soldados acudieron a la casa de la solicitante y la violaron a punta de pistola. Éstos llevaban medias en la cara y corbatas rojas atadas a las

²⁴⁹ In re D-V, United States Board of Immigration Appeals, 23 May 1993.

muñecas, como las que llevaban los Tonton Macoutes, la fuerza policial personal del dictador Duvalier con licencia para torturar, asesinar y extorsionar. Tras violarla se fueron pero la amenazaron con volver si denunciaba los hechos. Examinada por el médico, se le comunicó que no iba a poder tener descendencia debido a las lesiones causadas. Las veces que quedó embarazada, abortó. Se denegó el asilo en primera instancia por considerar que el miedo que la solicitante tenía de volver a Haití estaba únicamente basado en la violencia generalizada reinante en el país. Este suele ser un argumento recurrente para denegar protección a las mujeres pero esta afirmación genérica olvida que las mujeres en tiempos de guerra son muy vulnerables, entre otras cosas, porque se usa contra ellas la violencia sexual como arma de guerra. La violencia sexual es vista como algo que viene irremediablemente unida al conflicto bélico sin más, como un crimen privado. Sin embargo analizando la situación desde una perspectiva de género obtenemos un resultado bien distinto. Durante las guerras y los conflictos el cuerpo de las mujeres adquiere un simbolismo y un significado político particular, un territorio físico para una lucha política más amplia en la que la violencia sexual, incluida la violación, es usada como estrategia militar para humillar y desmoralizar al oponente. “El cuerpo de las mujeres simboliza el dominio de un grupo sobre el otro” (Crawley, 2001: 89), es visto por los asaltantes como una posesión del oponente, por lo tanto la violación es una violación de la propiedad del grupo oponente y, además, una forma de aterrorizar a la comunidad entera. Tras interponer recurso, al igual que en *Lazo Majano*, se le concede asilo por considerar la violación como persecución, siendo configurada la persecución como motivos políticos. En ambos casos nos encontramos con una persecución política con una forma de persecución prototípicamente dirigida contra las mujeres como es la violación.

En España existe jurisprudencia que admite la violación como persecución, como un tipo de daño subsumible en la CG. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo²⁵⁰ en sendos casos de mujeres nacionales de Somalia que abandonan su país a causa de la

²⁵⁰ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2005 (recurso nº 3428/2002) y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 (recurso nº 1836/2002).

guerra y buscaron refugio en los campos de personas refugiadas de Kenia donde fueron violadas en varias ocasiones. Manifestaron que las violaciones de las mujeres eran habituales en los campos de refugiados. En ambos casos, hermanos de las solicitantes residentes en Europa las ayudaron a llegar a España donde solicitaron asilo. El tribunal sostuvo en los dos casos que “la solicitante describió una situación grave y continuada de persecución por razón de sexo encuadrable sin duda dentro de las persecuciones sociales”.

Tanto en los casos expuestos de Estados Unidos como en los de España, la violación se producía por agentes estatales lo que sin duda facilitó el que la violación fuese reconocida como persecución. Las mujeres son violadas por agentes estatales en una variedad de situaciones. Las mujeres detenidas por motivos políticos pueden ser violadas con la tácita aprobación del Estado. Las mujeres pueden ser violadas por agentes gubernamentales o por milicias opositoras como parte de una campaña para aterrorizar a la población y penalizar a los hombres políticamente activos. Pero existen casos en los que la violación es ejercida por agentes no estatales, casos en los que los tribunales pueden llegar a la misma conclusión, es decir, aceptar la violación como persecución, si aplican el enfoque bifurcado y consideran que se cumple con el requisito del nexo causal cuando el Estado no quiera proporcionar protección, bien porque apoyen la acción individual, porque la toleren o porque tengan otras prioridades, o no puedan controlar este tipo de violencia.

Esta dificultad para reconocer que existe persecución cuando la violación se produce con agentes no estatales sucedía también en relación con el tratamiento dado a la violación por el TEDH, tal y como vimos en la primera parte. Es decir el TEDH no tiene problemas en reconocer la violación como tortura si se produce por agentes estatales, pero sí los tiene si la violación se produce por agentes no estatales.

Una diferencia entre los casos expuestos de Estados Unidos y los de España es que en los primeros, a las solicitantes se las reconoció como refugiadas por imputación de motivos políticos. Sin embargo en España el reconocimiento de la violación como causa de persecución no se ha traducido en un reconocimiento del derecho de asilo ya que el Tribunal Supremo, en estos casos, no estaba resolviendo un recurso contra una

resolución de denegación del derecho de asilo sino un recurso contra la inadmisión a trámite de las peticiones de asilo de las solicitantes. De este modo, se obliga al órgano que ha inadmitido las peticiones de asilo, la OAR a que simplemente continúe con la tramitación del expediente, lo que no implica necesariamente que se reconozca a la recurrente como refugiada. En estos casos la OAR se ve obligada a rectificar y a admitir la petición de asilo a trámite pero, tras la instrucción del expediente, dictará resolución reconociendo o denegando la condición de refugiada y, aunque el Tribunal Supremo haya manifestado que la violación es una forma de persecución, puede denegar la condición de refugiada por otros motivos: considerar la violación como persecución pero entender no acreditado el nexo causal, ser perseguida por un agente no estatal, o estimar que existe una alternativa de huida interna, etc. En España no existe ninguna resolución judicial que reconozca a la solicitante como refugiada en un caso de violación.

2. Mutilación genital femenina

La MGF puede adoptar varias formas: la clitoridectomía, la excisión y la Infibulación. Las razones por las que se lleva a cabo la MGF son diversas. Podemos hablar de razones culturales o de tradición, de razones religiosas, o de un modo de controlar a las mujeres. En muchas culturas la MGF es un ritual que confiere a las mujeres aceptabilidad social e integración en la comunidad o grupo étnico y, para muchas mujeres y niñas, la MGF satisface una profunda necesidad de pertenencia y les asegura que no sufrirán ostracismo. En cuanto a las razones religiosas, existe una tendencia a pensar que la MGF es una práctica asociada sobre todo con el Islam y esto es incorrecto ya que dicha práctica es anterior al Islam y practicada por católicos, protestantes y musulmanes. “Algunos países musulmanes rechazan este rito iniciático mientras que otros lo practican. La MGF no es practicada en el Magreb [...] En Etiopía y Egipto, la MGF es practicada por los cristianos coptos. Igualmente, los judíos etíopes *falasha* la practican” (García Añón, 2009: 6). Sin embargo en los países musulmanes en los que se practica ha sido tradicionalmente llevada a cabo en la errónea creencia de que su práctica era un requisito de la fe islámica.

La MGF es un mecanismo social de control de las mujeres (OHCHR²⁵¹, et al., 2008) y es exigida para el matrimonio y por el honor. Las mujeres no mutiladas son consideradas inapropiadas para contraer matrimonio y son social y económicamente marginadas. Desde este punto de vista se interpreta que alguno de los tipos de MGF como la infibulación, promueve en primer lugar, la virginidad porque la barrera física dificulta la violación y atenúa el deseo sexual de la mujer, por ello “la protege” de la tentación y evita que las mujeres sean promiscuas. Así asegura también la fidelidad de las mujeres al reducir el deseo sexual. Todo esto debe ser entendido en el contexto de sociedades en donde la virginidad femenina es un requisito imprescindible para el matrimonio y en donde una relación prematrimonial provoca el mayor de los castigos.

Por lo tanto la MGF tiene un objetivo político en tanto en cuanto proporciona un mecanismo para ejercer el control de unos sobre otras, y si nos preguntamos a quién beneficia esta práctica, la respuesta es a los hombres. También conviene que nos preguntemos quién tiene el poder de definir lo que puede cambiar dentro de cada cultura sin que afecte a la identidad cultural del grupo y qué es lo que no puede cambiar. Quienes tienen este poder son los hombres y, mientras que algunos cambios no son vistos como amenazantes para la identidad colectiva, como puede ser por ejemplo la introducción del arado mecánico, respecto a la erradicación de la MGF, práctica que vulnera derechos humanos de las mujeres, sí se considera que su desaparición constituiría una amenaza para la identidad del grupo (Tripp, 2002). En relación con la MGF, el poder no sólo lo tienen los hombres sobre las mujeres en las sociedades patriarcales sino que también lo tienen las familias para establecer y diseñar el plan de vida de una mujer. Tampoco hay que olvidar que hay mujeres que apoyan la práctica de la MGF y hombres que se oponen a ella. La consideración de la MGF como un tema de derechos humanos viene reflejado en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en el reconocimiento por parte del ACNUR de dicha práctica como un tipo de persecución en el sentido previsto

²⁵¹ Disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/en/> [Acceso 18 de febrero de 2014].

en la CG al incluirla en las *Directrices de género*, entre las solicitudes por motivos de género²⁵².

En Estados Unidos, el primer caso en el que se reconoció la MGF como persecución fue el caso *Kasinga* (1996)²⁵³. La solicitante es una mujer nacional de Togo perteneciente a la tribu de los Tchanba-Kunsuntu que cuando pide asilo tiene diecinueve años. Normalmente a las mujeres de esta tribu se les practica la mutilación genital femenina²⁵⁴ a la edad de quince años. A ella no se le practicó porque su padre, una persona influyente, estaba en contra, pero éste murió en 1993, y es costumbre de la tribu de la solicitante que cuando el padre muere, la familia de éste asume la autoridad paterna. Así pues, su tía, la hermana de su padre, fue quien asumió esta autoridad: a su madre le ordenó abandonar la casa y tuvo que irse a vivir a Benin con su familia y a ella la obligó a contraer matrimonio con un hombre de cuarenta y cinco años, polígamo, cuando ella contaba con diecisiete años. Su tía y su futuro esposo planearon someterla a la MGF antes de consumar el matrimonio. Con la ayuda de su hermana mayor, la solicitante escapó de Togo a Ghana. Por miedo a ser localizada en Ghana, con un dinero que le había dado su madre, compró un billete de avión a Alemania. De allí, tras muchas dificultades, consiguió viajar a Estados Unidos en donde solicitó asilo.

Se le reconoce la condición de refugiada por ser perseguida por pertenencia a un determinado grupo social, reconociendo que la solicitante ha demostrado tener un temor fundado de ser perseguida; que la MGF constituye persecución, poniendo de manifiesto que la intención subjetiva de castigar o de infligir un daño no se requiere para que el daño sea considerado persecución; la solicitante es perseguida por su pertenencia a un determinado grupo social, el de “mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu a quienes no se les ha practicado la MGF, práctica de dicha tribu, y

²⁵² Párrafo 3.

²⁵³ In re Fauziya Kasinga, 3278, United States Board of Immigration Appeals, 13 June 1996.

²⁵⁴ Para conocer los tipos de MGF, sus efectos, secuelas y su significado cultural puede consultarse el artículo de Toubia, Nahid (1995): “Female Genital Mutilation”, en PETERS J. (1995) *Women’s Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York, Routledge, pp. 224-236.

quienes se oponen a la misma”; por último, se reconoce que la persecución sufrida por la solicitante abarca a todo el país y, por tanto, no existía la posibilidad de alternativa de huida interna, pese a que se trata de una persecución por parte de agentes no estatales.

Esta sentencia constituye un precedente y es importante por tres razones fundamentales: contribuye a definir el término persecución; establece que la categoría de grupo social es un nexo apropiado cuando la persecución se impone, en parte a causa del sexo de la víctima; y adopta el enfoque bifurcado para analizar el nexo causal (Musalo, 1998).

En cuanto a la MGF como persecución, se entiende que la misma, al igual que la violación en *Lazo-Majano*, no sólo constituye un daño físico contra las mujeres sino que es una práctica que refleja la inferioridad de las mujeres y una negación de su libertad personal y autonomía. El control de la autonomía sexual de una mujer, que es el objetivo principal de la MGF, cualquiera que sea el daño físico de dicha práctica, representa ya una seria amenaza. Perpetúa el estereotipo de la mujer como individuo irracional incapaz de tomar sus propias decisiones sobre su propia sexualidad. Además, “mantiene la dominación masculina sobre aspectos esenciales de la vida de las mujeres” (Helton, 1997: 375). La MGF, al igual que la violación, y todas las formas de maltrato son formas de violencia en las que subyacen varios elementos: la inscripción en el cuerpo de las mujeres del sentido de la propiedad de sus cuerpos y un ejercicio de control y su subordinación a la decisión y poder masculino. Todo ello pone de manifiesto la asimetría en las relaciones interpersonales (Pastor Carballo, 1998).

Reconocer que la MGF, pese a su naturaleza privada y no gubernamental, es persecución supone un gran avance para las peticiones de asilo por razones de género puesto que la mayoría de ellas se realizan en la esfera privada, sobre todo en el ámbito familiar o del hogar lejos de la esfera pública, dominio de los gobiernos. Equipara la persecución estatal a la operada por agentes no estatales que el Estado no quiere o no puede controlar. Con esta interpretación de persecución se supera la presunción de que sólo puede constituir persecución la debida a opresión gubernamental en la mayor parte de casos experimentada por los hombres. Esta dicotomía público/privado, ha

sido elaborada por la concepción patriarcal de que los derechos humanos en la esfera pública, típicamente dominada por hombres, es más merecedora de protección que los derechos humanos de las mujeres generalmente violados en la esfera de sus hogares o de la comunidad (Sheridan, 1997). Con el reconocimiento de la MGF como persecución se está reconociendo los derechos humanos de las mujeres, su violación y la necesidad de erradicar la injustificada diferenciación entre lo público y lo privado.

Es importante que la sentencia no exija como requisito para entender que existe persecución una intención de castigar o una intención maligna en el agente perseguidor. Y ello es importante por cuanto, en el supuesto de sostener la posición contraria, sería mucho más difícil para la solicitante demostrar que existe persecución ya que normalmente la MGF es practicada pensando que es lo mejor para las mujeres. La representación procesal del Estado pretendía que se acogiera la tesis recogida en el caso *Pitcherskaia* (1997)²⁵⁵, caso que expondré en relación con la persecución por orientación e identidad sexual en el que, antes de ser reconocida como refugiada, se le deniega dicho estatuto en tres instancias, a una mujer lesbiana, arrestada, golpeada e internada en un centro psiquiátrico para ser sometida a tratamiento para “curar” su orientación sexual. No se le concedió asilo por cuanto se estimó que no existía intención de causar daño sino intención de curar y, por ello, no podía hablarse de persecución. Por este motivo *Kasinga* supone un hito en materia de asilo, no sólo para los casos de persecución por motivos de género sino de todo tipo. “El rechazo del requerimiento de un intento punitivo subjetivo en el ánimo del agente perseguidor debe ser visto como una contribución sustancial para la jurisprudencia de asilo” (Musalo, 1998: 365). También relacionado con el término “persecución” es importante destacar que el tribunal no acoge una de las pretensiones del juez de primera instancia que era que la solicitante no merecía protección por cuanto no era perseguida de manera discriminatoria sino que lo era al igual que todas las mujeres de su tribu. “El juez intentó aplicar en este caso la tesis sostenida en los casos de personas que solicitaban protección por huir de la política de un solo hijo/a implementada en China,

²⁵⁵ *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 95-70887. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 118 F.3d 641.

en los que se había establecido que, debido a que es una política no discriminatoria por ser de general aplicación, no puede ser considerada persecución”(Musalo, 1996: 855).

En cuanto al segundo aspecto de la sentencia de extrema importancia es que la misma constituye la primera decisión jurisprudencial que otorga la condición de refugiada en un caso de persecución por motivos de género sobre la base de pertenencia a un determinado grupo social definiéndose éste, no sólo por el sexo de la solicitante, sino también por su etnia y por su oposición a la MGF (Musalo, 1998). En *Kasinga* se aplica la definición de grupo social de *Acosta* y el tribunal determina que la característica de ser una mujer joven y miembro de la tribu Tchamba-Kunsuntu no puede cambiarse, y que la característica de tener los genitales intactos es una característica tan fundamental para la identidad individual de una mujer que no debe exigírsele que la cambie.

La configuración del grupo social de modo tan concreto tiene efectos perjudiciales sobre todo en cuanto a exigir la oposición a la práctica. Esto supone que la mujer tiene que demostrar haber ejecutado actos en contra de la MGF para demostrar que el Estado es consciente de dicha oposición lo que es prácticamente imposible. “En muchos casos las mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia no llevan a cabo ningún acto de oposición que ponga en peligro, aún más si cabe, su vida” (Aliaskari, 2000: 253). Una de las magistradas, mediante un voto particular, considera que no es necesario exigir la oposición a la MGF para poder configurar el grupo social.

En tercer lugar, en *Kasinga*, al valorar la existencia del nexo causal, no sólo se tiene en cuenta la intención del agente perseguidor y la ausencia de protección estatal sino también los objetivos sociales perseguidos con la práctica de este ritual, esto es el control de la sexualidad de las mujeres y mantener su opresión y dominación. Así quedaba establecido el nexo causal entre persecución y motivos de persecución.

En cuanto a la posibilidad de alternativa de huida interna, aspecto que era necesario abordar puesto que se trataba de un caso de persecución no gubernamental, el tribunal sostiene que ésta no es posible por cuanto queda

demostrado que el esposo es amigo de la policía togolesa, que la están buscando, que Togo es un país pequeño y que la policía no la iba a proteger.

Esta sentencia, además de ser importante por todo lo expuesto con anterioridad, también lo fue por abrir el debate en Estados Unidos sobre varias cuestiones. Una de ellas fue el cuestionamiento de los procedimientos de expulsión rápidos que se estaban discutiendo en el Congreso, que permitían la expulsión expedita de una persona extranjera que llegara a Estados Unidos sin documentos válidos de viaje. Aunque finalmente se aprobaron dichos procedimientos, el caso *Kasinga* evidenció el peligro que los mismos entrañaban ya que, de haberse aplicado cuando la solicitante llegó a Estados Unidos, ésta no habría tenido la oportunidad de obtener asilo ya que la decisión en primera instancia en estos casos, si es negativa, no puede recurrirse. Otra cuestión fue poner en tela de juicio todo el sistema de detención de solicitantes de asilo ya que la solicitante estuvo privada de libertad un año y cuatro siendo menor de edad (diecisiete años), sin antecedentes penales y teniendo familiares en Estados Unidos.

Al poco tiempo se promulgó una ley federal que criminalizó la MGF y en 1995 se publica la guía de género *Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*²⁵⁶. La guía recoge recomendaciones a seguir para quienes son competentes para decidir sobre una petición de asilo, reconociendo que la MGF es una forma de persecución por motivos de género. *Kasinga* supuso un gran paso adelante en relación con la igualdad de género en materia de asilo: constituye la sentencia modelo en cuanto a la construcción del grupo social en casos de género y en cuanto al análisis del nexo causal entre la persecución sufrida y los motivos previstos expresamente en la CG al aplicar el enfoque bifurcado por ser el agente perseguidor un agente no estatal, ya que normalmente son otras mujeres quienes llevan a cabo la MGF.

²⁵⁶ Disponible en http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines_us.pdf [acceso 17 de diciembre de 2012].

Desde que se dictó esta sentencia, dado que se trata de un precedente, se empezó a conceder protección en otros casos de mujeres que huían para que no se les practicara la MGF. Los tribunales han concedido el asilo en el caso *Abay* (2004)²⁵⁷ en el que se considera que la MGF implica un daño grave que constituye persecución por pertenencia a un determinado grupo social que puede ser motivo para una petición de asilo y que el ostracismo social que puede sufrir una mujer que se opone a dicha práctica puede igualmente constituir persecución; en *Mohamed* (2005) se afirma que la persecución en la forma de MGF es similar a la esterilización forzosa y, al igual que sucede con ésta, debe considerarse que el daño causado se prolonga en el tiempo y es razón suficiente para fundamentar una petición de asilo. Recordemos que esta sentencia también es importante por cuanto determina que un grupo social puede ser definido ampliamente: configura el grupo social como “mujeres somalíes” atendiendo a que en dicho país el noventa y ocho por ciento de las mujeres son sometidas a dicha práctica; el caso *Barry* (2006)²⁵⁸ reafirma el criterio de *Mohamed*; en *Abebe* (2006)²⁵⁹ se reconoció la condición de refugiados a un matrimonio de Etiopía quienes, en un primer momento, pidieron asilo porque el esposo era perseguido por motivos políticos. Durante el proceso fueron padres de una niña y ampliaron los temores de persecución a que su hija fuera sometida a la MGF, caso de serles denegada la protección y tener que volver a su país de origen. El tribunal consideró que los padres tenían el derecho a ser reconocidos como refugiados por el daño temido a que su hija fuera sometida a la MGF.

En casos de mujeres que ya habían sido mutiladas se ha considerado la MGF como una persecución sufrida en el pasado que es válida para solicitar asilo. En estas situaciones el daño sufrido no finaliza nunca sino que tiene consecuencias adversas a lo largo de toda la vida. Al igual que la esterilización forzosa, la MGF causa problemas

²⁵⁷ *Abay v. Ashcroft*, Attorney General 368 F.3d 634, United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 19 May 2004.

²⁵⁸ *Barry v. Gonzales*, Attorney General, 422 F.3d 1187 (10th Cir. 2005), United States Courts of Appeal for the Fourth Circuit, 19 April 2006.

²⁵⁹ *Abebe and another v. Gonzales*, Attorney General, Nº 02-72390, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 30 December 2005.

de salud (infecciones del tracto urinario, hemorragias en el momento del parto, trauma psicológico) y priva a las mujeres de una vida sexual satisfactoria.

Hasta aquí, todos los supuestos analizados están basados en la MGF como daño grave en sí misma, pero hay que tener en cuenta que también podrían plantearse otros casos de asilo cuando las normas sociales dictan que las mujeres deben ser sometidas a la MGF para acceder a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que esto puede implicar la discriminación de aquellas que se oponen a dicha práctica y esta discriminación puede alcanzar el grado de persecución.

En España la MGF ha sido reconocida como persecución en el sentido previsto en la CG por la jurisprudencia: a) “la MGF es una práctica que pone en peligro la vida y la integridad física [...] una forma de violencia sexual específicamente dirigida contra las mujeres y [...] si bien es cierto que en las causas previstas en el artículo 1 A (2) de la CG no se prevé expresamente la persecución por motivos de sexo o género, la misma puede sin embargo encuadrarse en la persecución por pertenencia a un determinado grupo social”²⁶⁰; y b) “La huida con la finalidad de evitar la reprobable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la CG”²⁶¹. Ésta es la primera sentencia en la que se reconoce como refugiada a una mujer nacional de Nigeria por habersele practicado la MGF y huir de un matrimonio forzoso, ya que las dos sentencias anteriores resuelven recursos contra la inadmisión a trámite de peticiones de asilo mientras que ésta resuelve un recurso contra la denegación de la condición de refugiada. En este caso la solicitante, nacional de Nigeria, llegó a Sagunto (Valencia) como polizón y solicitó asilo manifestando que se le había practicado la MGF. La OAR le denegó el derecho de asilo y la condición de refugiada y de beneficiaria de protección subsidiaria. Se interpuso recurso ante la Audiencia Nacional

²⁶⁰ Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2002 (recurso nº 851/2001) y de fecha 17 de marzo de 2004 (recurso nº 913/2002).

²⁶¹ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2009, (recurso nº 3155/2006).

y se le denegó de nuevo el derecho de asilo y la condición de refugiada pero se le concedió protección subsidiaria. Como abogada defensora de la recurrente, estimé que dicha resolución era discriminatoria por cuanto la protección subsidiaria implicaba un menor reconocimiento de derechos para la recurrente por lo que, tras consultar con mi defendida, se recurrió dicha resolución ante el Tribunal Supremo. Finalmente dicho Tribunal reconoció el derecho de asilo y la condición de refugiada a la recurrente.

En todos los casos expuestos, tanto españoles como de Estados Unidos, se ha estimado que el motivo de persecución era el de pertenencia a un determinado grupo social. Sin embargo existen diferencias entre el tratamiento dado a la MGF en ambos países: a) en España sólo se ha abordado la MGF como una forma de persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Por el contrario, en Estados Unidos, en otros casos, se ha considerado que la oposición a la MGF constituye una opinión política real o imputada, es decir, creer en la igualdad de los sexos o ser feminista: M-K (1995), C-V-C (1997), o en *Konate* (1999) en donde el tribunal considera que la oposición a la MGF es una opinión política, aunque sostiene que la recurrente debe ser reconocida como refugiada por motivos políticos o pertenencia a un determinado grupo social; b) a diferencia de lo que acontece en Estados Unidos, en España sólo se ha debatido sobre la MGF como persecución por pertenencia a un determinado grupo social, pero no sobre cómo se concretan estos grupos sociales. Esto sucede, no sólo con la MGF sino con todas las formas de violencia que seguiré exponiendo. Por último, la jurisprudencia en Estados Unidos es mucho más avanzada al plantearse cuestiones como la MGF como persecución pasada, presente y futura, peticiones de asilo realizadas por padres ante el temor de que sus hijas sean mutiladas, supuestos en los que las mujeres no sometidas a dicha práctica son discriminadas en el acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales etc., cuestiones no abordadas todavía por la jurisprudencia en España.

3. Orientación e identidad sexual

Las violaciones de derechos humanos que sufren los hombres y las mujeres con orientación o identidad sexual diferente a la heterosexual incluye ejecuciones extrajudiciales y desapariciones, asesinatos arbitrarios, tortura o tratos inhumanos o

degradantes, violación y otros tipos de violencia sexual, tratamiento médico forzoso para “cambiar” la orientación sexual, leyes que criminalizan las relaciones entre personas del mismo sexo, detención, o incluso pena de muerte (Crawley, 2001). Desde hace dos décadas se ha empezado a reconocer el estatuto de persona refugiada tanto a hombres homosexuales como a personas transexuales, mujeres lesbianas y personas bisexuales.

En Estados Unidos, en *Toboso-Alfonso* (1990)²⁶², el solicitante era un hombre cubano homosexual que alegaba ser perseguido por su orientación sexual. Era obligado a comparecer cada dos o tres meses en una oficina en donde registraban a todas las personas homosexuales. Durante dichas comparecencias era sometido a una revisión médica y a preguntas sobre su vida sexual y sus parejas. En ocasiones era detenido durante tres o cuatro días sin que se indicara la causa de la detención. El tribunal concluyó que tenía un temor fundado de ser perseguido por pertenencia a un grupo social, el de homosexuales, y aplica el test *Acosta* sobre grupo social reconociendo que la orientación sexual es una característica inmutable y fundamental para la identidad que puede configurar un grupo social en el sentido previsto en la CG.

En este mismo sentido cabe citar el caso *Geovanni Hernández-Montiel* (2000). El solicitante pidió asilo por ser perseguido por su orientación homosexual y por su identidad sexual femenina. A la edad de ocho años se dio cuenta de que se sentía atraído por personas de su mismo sexo. A los doce años empezó a vestirse y comportarse como una mujer. El padre de un compañero de clase lo amenazó con matarle por culparle de pervertir a su hijo, se le prohibió acudir a clases de baile y, finalmente, se le expulsó del colegio. En dos ocasiones fue detenido por la policía, obligado a realizar sexo oral y fue sodomizado. Más tarde fue atacado con navaja por una pandilla que le insultaba por su orientación sexual y estuvo una semana hospitalizado. Vivió con su hermana una temporada pero ésta le obligó a cortarse el pelo y las uñas y finalmente le echó de casa. El tribunal estimó que el solicitante demostró que sufrió persecución pasada y que tiene un temor fundado de sufrir

²⁶² Matter of Toboso Alfonso, United States Board of Immigration Appeals, 12 May 1989.

persecución en un futuro por pertenencia a un determinado grupo social. El grupo social apropiado es el de “hombres gays con identidad sexual femenina en México” considerando erróneo el de “hombres homosexuales que visten como mujeres” que sostenía la resolución recurrida por cuanto, los hombres homosexuales no son perseguidos simplemente porque visten como mujeres o porque tienen relaciones homosexuales sino que hombres gay con identidad sexual femenina son perseguidos por asumir un rol femenino en la relaciones homosexuales, manifestando su identidad a través de características tradicionalmente asociadas con las mujeres como vestidos de mujeres, pelo y uñas largas.

Resulta importante la distinción que hace el tribunal entre la identidad sexual y las preferencias sexuales, destacando que la identidad sexual es algo más que el comportamiento sexual. Pone de manifiesto que el sistema binario de homosexuales y heterosexuales es demasiado restrictivo y opresivo. Como señala Goldberg (1993:613) “la identidad sexual engloba varios aspectos de la identidad humana: 1) una conducta sexual con parejas de un determinado sexo, 2) atracción psicológica por un determinado sexo y 3) identidad privada basada en esa orientación sexual (pensarse a uno mismo como gay o lesbiana o heterosexual)”. Con esta sentencia se extiende la protección internacional a los transexuales, por ser perseguidos por su identidad sexual. Este mismo principio se reitera en *Reyes-Reyes* (2004)²⁶³.

La aportación de *Hernández Montiel* es importante por cuanto establece un nuevo estándar con respecto a la inmutabilidad de la característica compartida por las personas para configurar un grupo social. Establece que el estándar exigido es el de una inmutabilidad débil (“*soft inmutability*”). Esta concepción de la inmutabilidad evita un enfoque biológico de protección basado únicamente en características innatas como la configuración cromosómica, los órganos sexuales internos y el sexo de nacimiento, extendiendo la protección basada en características adoptadas con el tiempo que incluyen comportamientos, características del carácter y formas de vestir.

²⁶³ *Reyes-Reyes v. Ashcroft, Attorney General*, 384 F.3d 782 (9th Cir. 2004), United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 13 September 2004.

Por ejemplo, el solicitante tendría dificultades para demostrar que su identidad sexual es inmutable ya que un componente primordial de esa identidad es el deseo de cambiar el sexo anatómico con el que ha nacido. Mientras que la mayoría de personas no transexuales considera su sexo inmutable no ocurre lo mismo con los transexuales. “Es lo que se ha denominado ‘identidad preformativa’ “(Landau, 2005: 251), ficción jurídica a la que el Derecho recurre por partir de un concepto de sexo como algo biológico, natural e inmutable y no como una construcción cultural al igual que el género (Butler, 1990). De este modo, *Hernández Montiel* sienta el principio de que la identidad sexual debe ser protegida no porque no se pueda cambiar sino porque es significativa para la forma de ser de esa persona. De la configuración de grupo social llevada a cabo en la sentencia, esto es, “hombres gay con identidad sexual femenina”, se deduce la confusión normalmente reinante que imputa una orientación homosexual a las personas transexuales. Esto no es siempre así y, en muchas ocasiones, puede que el/ la solicitante no quiera identificarse como una persona homosexual. Aquí surge la teoría de la imputación de una identidad gay. Si bien en un principio sólo se admitía la imputación de una opinión política, la jurisprudencia americana, desde el caso *Amanfi* (2003)²⁶⁴, admite la imputación de cualquiera de los otros cuatro motivos previstos en la CG y, por supuesto, el de pertenencia a un determinado grupo social: el grupo social puede estar constituido tanto por personas perseguidas por su orientación o identidad sexual como por la imputación de una orientación o identidad sexual. Ello permite a los/as solicitantes de asilo transexuales no tener que autoidentificarse como gays o como lesbianas para conseguir protección, sólo tienen que demostrar que son percibidos como tal por los agentes de persecución.

También se ha reconocido como refugiadas a mujeres lesbianas como en el caso *Pitcherskaia* (1997). Esta mujer lesbiana de nacionalidad rusa fue sometida a tratamiento psiquiátrico involuntario. Entre las terapias utilizadas para “curar” el lesbianismo estaba el electroshock, sedación y suministro de psicotrópicos e hipnosis.

²⁶⁴ *Kwasi Amanfi v. John Ashcroft*, Nos. 01-4477 and 02-1541, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 16 May 2003.

“La psicología punitiva es una forma de persecución y es utilizada mucho más contra mujeres lesbianas que contra hombres gays” (Down, 1995: 317). En este caso hubo un largo debate sobre si existía o no persecución ya que, en algunas jurisdicciones, se exigía una intención punitiva en el agente perseguidor mientras que en otras se estimaba que la persecución existía con independencia de este ánimo o intención punitiva. Ya hemos visto anteriormente como en el caso *Kasinga* se opta por la segunda opción, esto es estimar que existe persecución con independencia de la intención punitiva. En *Pitcherskaia*, en tres instancias judiciales anteriores, se le denegó el derecho de asilo por entender que la solicitante no había sufrido persecución puesto que todo lo padecido habido sido con la intención de “curarla de su lesbianismo”. Finalmente, se la reconoció como refugiada por aplicar la definición de persecución que excluye la intención punitiva. Para poder hablar de persecución sólo es necesario demostrar que el agente perseguidor cause un daño o sufrimiento a la víctima. Este es el criterio seguido por el ACNUR que en el año 2008 publica las *Directrices de Protección Internacional para peticiones de asilo bajo la Convención de Ginebra de 1951 en relación con la orientación sexual e identidad de género*²⁶⁵.

Dentro de las peticiones de asilo por orientación sexual hay que distinguir las que son realizadas por hombres de las que son realizadas por mujeres. En todas las partes del mundo las mujeres lesbianas experimentan persecución basada en su estatus de lesbianas, incluida violencia física y sexual, tratamiento psiquiátrico forzoso y denegación de acceso a un empleo, vivienda, educación, sanidad y servicios sociales básicos. Sin embargo, la inmensa mayoría de peticiones de asilo basadas en la orientación sexual tratan de casos de hombres homosexuales y no mujeres lesbianas (Neilson, 2005) lo que refleja la invisibilidad general de las mujeres lesbianas. El bajo número de solicitudes de asilo llevadas a cabo por mujeres lesbianas es debido a varias causas. Las mujeres normalmente tienen menos recursos económicos y menos independencia para poder abandonar sus países, por lo tanto el acceso al procedimiento de asilo es más difícil o prácticamente imposible (Crawley, 2001) ya que

²⁶⁵ Párrafo 28.

las peticiones de asilo deben llevarse a cabo fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual. Ni siquiera en el supuesto de petición de asilo en embajada o consulado, tercer tipo de procedimiento de asilo posible en España, es posible realizar las peticiones de asilo en el país de nacionalidad o residencia de la solicitante ya que la legislación exige que la representación diplomática española esté en un tercer país²⁶⁶. Aún en el supuesto de que se consiga llegar al país de asilo, las mujeres lesbianas son sometidas a determinadas formas de persecución normalmente dirigidas contra mujeres que se producen en el espacio doméstico, lo que dificulta su prueba.

Es muy poco probable que la experiencia de las mujeres lesbianas encaje en las formas de persecución de los hombres homosexuales. Históricamente, como hemos visto, la definición de persecución está basada en el modelo masculino de actividad política. Los hombres, incluidos los hombres homosexuales, es más probable que sufran persecución en la esfera pública. Por el contrario, las mujeres lesbianas, como la mayoría de mujeres, suelen sufrir persecución en la esfera privada. Como resultado, una vez más, las mujeres lesbianas tienen mayores dificultades que los hombres homosexuales para lograr ser reconocidas como refugiadas.

Pitcherskaia (1997) establece que las mujeres lesbianas integran un grupo social, por lo tanto, el principal problema que van a tener que afrontar para ser reconocidas como refugiadas, no va a ser subsumir su persecución dentro de la pertenencia a un determinado grupo social, sino probar que el daño sufrido constituye persecución pese a haberse dado en el ámbito privado.

Según Neilson (2005) la distinción entre las esferas pública y privada permite distinguir la siguiente gradación en las peticiones de asilo:

1. El paradigma de las peticiones de asilo es aquella en la que el solicitante es un hombre, disidente político, perseguido por sus actividades públicas (como acudir a manifestaciones, organizar a otros disidentes), quien sufre el daño en la esfera pública a manos de la policía o de los militares;

²⁶⁶ Artículo 38 Ley de asilo 12/2009, de 30 de octubre.

2. Trasladando este paradigma al contexto de los hombres homosexuales nos encontramos con el caso de que el solicitante es un hombre gay implicado en actividades políticas públicas (como ser un activista que defiende los derechos humanos del colectivo o acudir a desfiles gay) y es perseguido por la policía. En estos casos, la actividad por la que se persigue y el daño causado son públicos;

3. Hay un tercer grupo de casos en los que la actividad por la que se es perseguido es privada, como relacionarse con otros hombres por internet, pero la persecución es pública, o la actividad es pública, como buscar relacionarse con otros hombres en espacios públicos, y el daño causado es privado, por ejemplo cuando la familia lo repudia;

4. En cuarto lugar, en el último peldaño de esta clasificación, encontraríamos los casos de mujeres lesbianas en los que tanto la actividad por la que se persigue como el daño es privado. Un ejemplo lo tendríamos en el caso de una mujer lesbiana que es sorprendida por su padre teniendo una relación íntima con otra mujer y la castiga con maltrato físico, relaciones sexuales forzadas con hombres o con un matrimonio forzoso. Es en estos casos en los que resulta más difícil conseguir el estatuto de refugiada.

Para estos casos ha sido fundamental la influencia del caso *Kasinga* ya que un daño sufrido en la esfera privada como la MGF es reconocido como persecución y, además, es entendido como un medio utilizado por la sociedad en la que se practica para conseguir subyugar a las mujeres. Las mujeres lesbianas sufren una discriminación interseccional (Crenshaw, 1998) en la que se cruzan su condición de mujeres, de lesbianas y otras. Al examinar sus peticiones de asilo, éstas encontrarán mayores referentes en las sentencias recaídas en casos de mujeres perseguidas por motivos de género que en las recaídas en casos de hombres homosexuales.

En España se ha reconocido sin problemas que “los homosexuales podrían ser considerados un grupo social en el sentido de la definición de la CG de 1951”²⁶⁷.

La jurisprudencia expuesta nos muestra como se ha admitido la orientación e identidad sexual como una característica para configurar un grupo social. Sin embargo cuando la identidad de género ha sido politizada, la incapacidad o la negativa de las mujeres a acatar normas sociales relativas a al matrimonio, puede ser una opinión política. El propio ACNUR reconoce que, aunque la mayoría de peticiones de asilo por orientación sexual e identidad de género se llevan a cabo por medio de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social, la transgresión de normas sociales o religiosas, incluida el expresar la orientación o identidad sexual propia puede analizarse bajo los motivos políticos o religiosos²⁶⁸.

Tanto en la jurisprudencia de Estados Unidos como en la española se reconoce la orientación e identidad sexual como una característica que puede configurar un grupo social a los efectos de ser reconocida como persona refugiada y, en ambos países se han reconocido a personas refugiadas por este motivo. En ambos casos las peticiones de asilo se han subsumido en pertenencia a un determinado grupo social y no como persecución por motivos políticos. De mi experiencia como abogada defensora de solicitantes de asilo puedo afirmar que gran parte de los casos en los que se ha reconocido como personas refugiadas a hombres y mujeres perseguidos por orientación sexual, han sido casos en los que los y las solicitantes tenían un alto perfil político público, en cuanto que estaban involucrados en la defensa de los derechos de las personas LGTB (con la excepción de la protección concedida a personas transexuales), lo que sin duda alguna facilitó su reconocimiento al ser la persecución que más se asemeja a la que se erige como paradigma, la del varón perseguido en el ámbito público.

²⁶⁷ Sentencias del Juzgado de lo Central, Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de julio de 2005 (procedimiento abreviado nº 249/2004) y sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2006 (recurso nº 285/2003).

²⁶⁸ Párrafo 29 de las Directrices de protección internacional sobre orientación e identidad sexual.

Con fecha 7 de noviembre de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una sentencia motivada por una cuestión prejudicial del Consejo de Estado de los Países Bajos en la que se le plantean dudas sobre cómo interpretar la Directiva de reconocimiento de 2004 en relación con las peticiones de asilo formuladas por sufrir persecución por orientación sexual. Esta duda surgió en relación con el caso de X, Y y Z, nacionales de Sierra Leona, Uganda y Senegal, respectivamente quienes solicitaron el estatuto de refugiado en los Países Bajos alegando que tenían temores fundados a ser perseguidos en sus países de origen debido a su orientación sexual. En efecto, los actos homosexuales constituyen delito en los tres países y están sancionados con severas penas que van desde elevadas multas a penas de prisión, en algunos casos de cadena perpetua. El órgano jurisdiccional neerlandés pregunta al Tribunal de Justicia si los nacionales de terceros países que son homosexuales constituyen un “determinado grupo social” en el sentido de la Directiva de reconocimiento de 2004. Además, pregunta cómo deben determinar las autoridades nacionales qué constituye un acto de persecución en relación con actividades homosexuales en este contexto, y si la tipificación penal de estas actividades en el país de origen del solicitante de asilo, que están sancionadas con penas de prisión, constituye persecución.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella. A este respecto, el Tribunal de Justicia reconoce que la existencia de una legislación penal cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

Sin embargo, para que una violación de los derechos fundamentales constituya una persecución en el sentido de la Convención de Ginebra, dicha violación debe alcanzar cierta gravedad. Por lo tanto, no toda violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzará necesariamente tal gravedad. En este contexto, la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto de tal gravedad como para considerar que constituya una persecución en el sentido de la Directiva. En

cambio, una pena privativa de libertad que castiga los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución, siempre que sea efectivamente aplicada.

En tales circunstancias, cuando una persona que solicita asilo invoca la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluida su legislación, su reglamentación y el modo en que se aplican. En el marco de este examen, corresponde a las autoridades nacionales determinar si, en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de libertad.

En cuanto a la cuestión de determinar si es razonable esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual, el Tribunal de Justicia responde en sentido negativo. Considera que el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella. Según el Tribunal de Justicia, no es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen.

4. Trata de mujeres para la explotación sexual

La trata de personas es una grave violación de derechos humanos, entre otros, del derecho a la libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a tortura o pena o trato inhumano o degradante. Por otro lado, la esclavitud, la prostitución forzosa y la violación experimentada por personas sometidas a trata pueden constituir un crimen contra la humanidad y un crimen de guerra en casos de conflicto bélico, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁶⁹.

²⁶⁹ El Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de Julio de 1997, en sus artículos 7 y 8 especifica que la esclavitud, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzosa y otros abusos sexuales de

Los esfuerzos a nivel internacional para combatir la trata de personas se han incrementado en los últimos años, pese a que no es un fenómeno nuevo. Tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional europeo, se han adoptado varios instrumentos internacionales con dicho objetivo pero, en todos ellos, prima el aspecto criminalizador, la persecución del delincuente y desarticulación de mafias sobre el respeto de los derechos humanos de las víctimas.

El *Protocolo para la prevención, supresión y penalización del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños*, conocido como el Protocolo de Palermo²⁷⁰, contiene la definición de trata de seres humanos, definición que hoy en día es aceptada a nivel internacional. En dicho precepto se define la trata como

a) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o la extracción de órganos.

Sin embargo, el Protocolo de Palermo no es un instrumento de derechos humanos diseñado para proteger o indemnizar a las víctimas sino un instrumento para facilitar la cooperación entre Estados y para combatir el crimen organizado (Anderson, 2007).

comparable gravedad, serán considerados crímenes de lesa humanidad cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque.

²⁷⁰ Por Resolución de Naciones Unidas 55/25 de 15 de Noviembre de 2000 se adoptó la Convención Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que está integrada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

En el ámbito del Consejo de Europa, el 16 de Junio de 2005, se firmó el *Convenio del Consejo de Europa sobre Acciones contra la Trata de Seres Humanos*²⁷¹, con la finalidad de que la lucha contra la trata se centrara más en los derechos humanos de las víctimas, y elaborar un marco general para la protección y ayuda a la víctima tomando en cuenta la igualdad de hombres y mujeres.

Este Convenio prevé, entre otras medidas, un período de reflexión de al menos treinta días para que la persona pueda reestablecerse y tomar una decisión meditada en lo relativo a su colaboración con las autoridades competentes, como requisito para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales²⁷². De todas las medidas reconocidas en este Convenio para garantizar los derechos de las víctimas de trata, es fundamental el hecho de que la concesión de esta autorización de residencia por circunstancias excepcionales no prejuzga el derecho de la víctima a solicitar asilo.

En efecto, esta posibilidad es reconocida por el ACNUR en sus *Directrices de género*: “Algunos menores o mujeres víctimas de la trata de personas podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención de 1951. El reclutamiento o captación forzosa o mediante engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. Puede ser considerada como una forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante. También puede imponer serias restricciones a la libertad de

²⁷¹ CETS Nº 197.

²⁷² Esta disposición se ha incluido en la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (BOE núm. 299, de 12 de diciembre), transponiendo la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 *relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* (DOUE L 261/16 de 06.08.2004). Otra de las directivas dictadas en materia de trata es la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo* (DOUE L 101/1, de 15.04.2011). Recientemente la Unión Europea ha adoptado la Estrategia de la Unión Europea contra la trata de seres humanos 2012-2016 (Bruselas, 16.06.2012, COM (2012) 286 final) por la que se establecen medidas concretas y prácticas a implementar durante dicho período para proteger a las víctimas.

circulación de una mujer, debido al secuestro, encarcelamiento o confiscación de pasaportes y otros documentos de identificación. Además, las mujeres y los menores víctimas de la trata de personas pueden sufrir serias repercusiones después de la huida y/o una vez retornados, tales como represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad real de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o discriminación severa. En casos individualizados ser objeto de la trata de personas para prostitución forzosa o explotación sexual podría por lo tanto, ser el fundamento para la solicitud de condición de refugiado cuando el Estado no pueda o no quiera brindar protección contra tales perjuicios o amenazas”²⁷³. También se reconoce dicha posibilidad en las *Directrices de Protección Internacional: La aplicación del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata* (2006).

Sin embargo mujeres y niñas víctimas de trata para la explotación sexual no son consideradas personas necesitadas de protección internacional porque la trata es considerada como un delito a perseguir y como una cuestión migratoria más que como una cuestión de protección internacional (Gallagher, 2004). En mi opinión otra de las dificultades para que las mujeres víctimas de trata sean reconocidas como refugiadas deriva de que el propio ACNUR considera que “la trata es una actividad comercial cuya motivación principal probablemente es el interés de obtener ganancias económicas y no la persecución por uno de los motivos de la Convención. En otras palabras, las víctimas generalmente son seleccionadas sobre todo por el valor comercial potencial o percibido por los tratantes. Aunque la motivación económica sea predominante, esto no excluye la posibilidad de que exista un motivo relacionado con la Convención para seleccionar a las víctimas de trata”²⁷⁴.

²⁷³ Párrafo 18.

²⁷⁴ Párrafo 31.

Algunos de los aspectos positivos que contienen las Directrices específicas del ACNUR sobre trata son que reconoce que: a) de manera inherente a la trata existen formas de severa explotación como el rapto, la encarcelación, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzosa, trabajos forzados, extirpación de órganos y maltrato físico y psíquico, la privación de alimentos o de tratamiento médico que constituyen serias violaciones de derechos humanos y que equivalen a persecución; b) incluso en casos en los que la persona haya sido víctima de trata en el pasado sin posibilidad de que sufra daño futuro, si la experiencia ha sido particularmente atroz con graves y traumáticos efectos psicológicos, esto puede equivaler a persecución, al igual que sucede con la MGF y la esterilización forzosa; c) las represalias de las mafias contra las víctimas, el peligro de volver a ser sometida a trata y aquellos supuestos en que la víctima sufre ostracismo, discriminación o castigo por parte de la familia o la comunidad local por haber sido objeto de trata y destinada a la prostitución también puede equivaler a persecución; d) la persecución puede llevarse a cabo por un agente no estatal ya que en la mayoría de los casos los actos persecutorios emanan de personas particulares, a saber, de tratantes o redes criminales o, en algunos casos, incluso miembros de la familia o de la comunidad; y e) por último, para facilitar la concurrencia del nexo causal se aplica el enfoque bifurcado recogido en las *Directrices de Género y Directrices de Pertenencia a un Determinado Grupo Social*.

Los elementos de la definición de persona refugiada más difícil que una víctima de trata va a tener que probar es que constituye un grupo social y que se cumple con el requisito del nexo causal (Wetmore, 2003, Knight, 2007). Existe una tendencia a denegar el derecho de asilo y la condición de persona refugiada a mujeres víctimas de trata para la explotación sexual por parte de los tribunales por considerar la trata como una conducta criminal y no como persecución (Knight, 2007), tal y como podemos comprobar en el caso *Rreshpja* (2005)²⁷⁵. La solicitante es una mujer joven procedente de Albania a la que un día, cuando volvía a casa desde el instituto, un hombre intentó secuestrar amenazándola con que acabaría en Italia al igual que otras

²⁷⁵ *Rreshpja v. Gonzales*, Attorney General, No. 04-3808, 22 July 22, 2005.

chicas. Ella interpretó estas palabras como que sería secuestrada y obligada a trabajar como prostituta y denunció el incidente a la policía quienes alegaron tener pocos datos para proceder contra el hombre que la había intentado secuestrar. Temiendo ser secuestrada en un futuro, viajó a Estados Unidos y pidió asilo. Su petición fue rechazada en tres instancias judiciales por no aceptarse que la solicitante fuese perseguida por pertenecer al grupo social de “mujeres albanesas jóvenes y atractivas que son obligadas a prostituirse” por considerar: a) que el grupo de mujeres jóvenes y atractivas es demasiado amplio. Rechaza el que pueda ser aplicable a este caso la decisión de *Mohammed* (2005) que admite como grupo social el de “mujeres somalíes” por cuanto, en este caso se trata de un supuesto de MGF y queda demostrado que en Somalia el noventa y ocho por ciento de las mujeres son sometidas a esta práctica. Sin embargo la solicitante no demuestra que el secuestro de mujeres para ser destinadas a la prostitución forzosa sea una práctica en Albania tan extendida como la MGF en Somalia; b) porque se define al grupo social de manera circular siendo la persecución sufrida la característica compartida. Por lo tanto, no queda demostrado el temor fundado de ser perseguida en un futuro por pertenecer a un determinado grupo social; y c) que no ha sufrido persecución pasada ya que un solo intento de rapto no es considerado persecución con entidad suficiente para ser reconocida como refugiada.

En el caso *Cece*²⁷⁶ una joven también nacional de Albania solicitó asilo en EEUU por temor a ser sometida a trata para la explotación sexual. En primera instancia fue reconocida como refugiada por entender que la misma formaba parte de un grupo social que fue definido como “mujeres jóvenes en Albania que son objeto de trata para ser destinadas a la prostitución”. Esta resolución fue recurrida por el Estado por entender que el grupo social no era visible y que la única característica que compartía este supuesto grupo social era la persecución sufrida. Tras varios recursos se reconoció a la solicitante como refugiada entendiendo que las características compartidas por las

²⁷⁶ *Cece v. Holder* (7th Cir. Aug. 9, 2013).

personas que integraban este grupo social, no sólo era la persecución sufrida sino que compartían otras características como el ser joven, mujer y vivir sola en Albania.

En la mayor parte de casos de mujeres víctimas de trata, existe un temor fundado de futura persecución en el caso de retorno al país de origen puesto que pueden ser de nuevo obligadas a prostituirse o ser víctimas de todo tipo de graves represalias en manos de las mafias o, en ocasiones, sufrir el desprecio de la propia familia por culparlas de lo que les ha sucedido (Hartsough, 2002). Esta posibilidad de sufrir un daño futuro no es tenida en cuenta por los tribunales al analizar los casos de asilo, sin embargo las mujeres que han sido víctimas de trata en el pasado pueden constituir un grupo social basado en la característica común e inmutable de haber sido tratadas para la explotación sexual (Knight, 2007).

Estados Unidos ha reconocido la condición de refugiada a mujeres víctimas de trata para la explotación sexual. En España la primera resolución en este sentido es 21 de octubre de 2013. El Ministerio del Interior otorgó protección internacional a una joven nigeriana y su hija de tres años por ser víctima de una red de explotación sexual. La mujer llegó a España cruzando el Estrecho en patera tras un viaje por África de dos años en el que fue obligada a prostituirse, sufrió numerosas violaciones y fue sometida forzosamente a abortar en dos ocasiones con medios inseguros. Desde que llegó a España, a las pocas horas de estar en un centro, la red la localizó y le pidió que devolviera la deuda de 20.000 euros que le exigía. Una proxeneta la contactó y le explicó que sería llevada a un lugar donde sería explotada sexualmente. Decidió enfrentarse a la mafia, negarse en rotundo a pagar esa deuda y solicitar la protección internacional. Muchas de las mujeres que llegaron con ella desaparecieron. Dado que se trata de una decisión del Ministerio del Interior y dichas resoluciones no son públicas, la única información de la que dispongo es la que apareció en los medios de comunicación²⁷⁷, lo que me impide saber si el motivo por el que se concedió asilo fue por pertenencia a un determinado grupo social u otro.

²⁷⁷ http://politica.elpais.com/politica/2013/10/21/actualidad/1382340211_584098.html. [Acceso 30 de noviembre de 2013].

Hasta que se dictó esta resolución por el Ministerio de Interior, en España, pese a que la jurisprudencia ha sostenido que “la explotación sexual a la que se vio sometida la solicitante, nacional de Nigeria, desde los doce años por miembros de su entorno familiar y más tarde convertida en presa las redes de prostitución, constituye, más que una persecución, una situación de esclavitud o semiesclavitud que atenta contra los más elementales derechos humanos, dignidad, libertad, integridad corporal, libertad de circulación, etc”²⁷⁸, la trata de personas para la explotación sexual no era reconocida como persecución y la mayor parte de casos sobre trata se canalizan a través de la ley de extranjería mediante la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Incluso aplicando la legislación de extranjería, según datos facilitados por el ACNUR, de las 19 solicitudes de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales por ser víctimas de trata realizadas entre enero de 2009 y abril de 2011, sólo se concedió la autorización de residencia en un caso (Cheikh Ali et al., 2012).

La posición de la jurisprudencia española de considerar la trata de mujeres para la explotación sexual como una forma de esclavitud es la misma posición mantenida por el TEDH. Éste en *Rantsev c. Chipre y Rusia*²⁷⁹ la hija del demandante era una mujer rusa de 20 años de edad que entró a Chipre para trabajar como artista en un Cabaret, donde fue obligada a ejercer la prostitución. La mujer, tras huir de sus empleadores y acudir a la policía chipriota, que la devolvió al burdel, fue hallada muerta. El TEDH consideró que ambos Estados habían incumplido con su obligación de proteger a la hija del demandante contra la trata de seres humanos y por haber incumplido con su obligación de investigar adecuadamente su muerte. La decisión sostuvo por primera vez que los Estados miembros tiene una obligación positiva de investigar cuando existe sospecha de trata. Estas obligaciones positivas se extienden a las potenciales víctimas

²⁷⁸ Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2001 (recurso nº 1024/1999).

²⁷⁹ Nº 25965/04, de 7 de enero de 2010. En *Siliadin c. Francia* (Nº 73316/2001, Sentencia de 26 de julio de 2005) si bien no versa sobre trata con la finalidad de prostitución forzada, sostuvo que la trata de una menor nacional de Togo para destinarla a trabajos domésticos en condiciones similares a la esclavitud (15 horas de trabajo diarias, 7 días a la semana, sin retribución económica, durmiendo en el suelo) era contrario al artículo 4 del CEDH que prohíbe la esclavitud y trabajos forzados.

de trata de manera que los Estados de destino, tránsito y salida, tienen la obligación de sancionar y combatir la trata de personas. Los Estados además tiene la especial obligación de proteger a las mujeres y los/as menores contra la trata. La decisión del TEDH sienta un precedente fundamental al reconocer que la trata de seres humanos cae bajo la rúbrica del artículo 4 del CEDH a pesar de que éste no la enumera específicamente. El artículo 4 establece un derecho no derogable, lo que significa que los Estados no pueden restringirlo bajo ninguna circunstancia. Más aún, es especialmente importante que la trata se vincule a la esclavitud toda vez que la prohibición de la esclavitud es una norma de *ius cogens*.

La prohibición de esclavitud, al igual que la prohibición de tortura, es una norma de *ius cogens*, una norma imperativa absoluta que no admite ningún tipo de derogación, tal y como establece el artículo 15 del CEDH, dentro de cuyo catálogo se incluyen violaciones de derechos humanos de indudable seriedad: genocidio, esclavitud, asesinato, desapariciones, tortura, detención arbitraria y discriminación racial sistemática. No parece que la mera concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, práctica habitual en España hasta octubre de 2013 en que se otorga asilo en el primer caso de trata de mujeres, fuese el modo más adecuado de abordar estas violaciones de derechos humanos que ni siquiera garantizan a la víctima el principio de no devolución. La trata como violación del derecho a la libertad y a la prohibición de esclavitud está entre los derechos del nivel 1 de Hathaway y, por tanto, constituye persecución, tal y como finalmente ha reconocido el Estado español. Hasta la fecha de esta resolución sólo se había reconocido la protección subsidiaria en pocos casos, entre ellos a una mujer nacional de Mozambique que, tras llegar a España se vio obligada a prostituirse, a abortar y, tras quedarse embarazada por segunda vez, se infectó con el virus del VIH²⁸⁰; y a una mujer nacional de Nigeria que accedió a ser traficada por una red para llegar a España

²⁸⁰ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2005.

huyendo de un matrimonio forzoso y que tuvo que ejercer la prostitución para pagar la deuda contraída con la mafia que la trajo a España²⁸¹.

5. Transgresión de normas o costumbres sociales

En muchos contextos las mujeres son sometidas a un tratamiento discriminatorio y a normas sociales que son implementadas mediante una ley o mediante la imposición de normas culturales o religiosas que restringen sus oportunidades y sus derechos. Muchas mujeres se ven forzadas a respetar ciertas normas de vestuario, o no está permitido que reciban educación o que ejerzan determinadas profesiones, son forzadas a casarse con el hombre elegido por su familia o se les deniega importantes derechos civiles o políticos. En muchos casos las leyes se aplican de modo discriminatorio al imponer a las mujeres una pena superior a las que se impone a los hombres por la comisión del mismo ilícito penal. Un ejemplo lo constituye la legislación iraní que califica el hecho de oponerse a llevar el *hejab* como un acto punible, o las Ordenanzas *Hudood* de Pakistán a las que ya me he referido con anterioridad (Neal, 1988). Existen muchos ejemplos de mujeres castigadas por transgredir normas sociales positivizadas o no, y la severidad del castigo puede ser desproporcionado y violan principios reconocidos del DIDH. En este caso el daño grave constituirá persecución en el sentido previsto en la CG. Un ejemplo de transgresión de normas mediante un castigo del Estado lo tenemos en el caso *Fatin* (1993). La solicitante, nacional de Irán, viajó a Estados Unidos a los dieciocho años, dos semanas antes de que el Shah dejara Irán. Tras cinco años residiendo en Estados Unidos pidió asilo alegando que, en el caso de ser devuelta a su país, sería interrogada y obligada a asistir a sesiones religiosas en contra de su voluntad, y sería públicamente amonestada e incluso encarcelada y obligada a hacer cosas que nunca había hecho, como usar el velo. Alegó pertenecer en Irán a un grupo de estudiantes organizados en contra de Jomeini y se definía como feminista. Fundamentó su petición de asilo en la pertenencia a un determinado grupo social y motivos políticos. El grupo social alegado fue

²⁸¹ Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012.

“mujeres iraníes que se oponen a aceptar leyes y normas sociales discriminatorias para las mujeres”.

Se le denegó la condición de refugiada por varias razones: a) considerar que, aunque, posiblemente, fuera sometida al mismo tratamiento discriminatorio que todas las mujeres en Irán, no existe indicio alguno de que el gobierno iraní pudiera estar interesado en perseguir individualmente a la solicitante; b) la solicitante no alega que sería perseguida por pertenecer al grupo social de mujeres sino por ser miembro de un subgrupo muy visible el de “mujeres iraníes que se niegan a aceptar las normas sociales y leyes de género impuestas por el gobierno”. Según el tribunal, este subgrupo no incluye a todas las mujeres feministas ni a todas las mujeres que encuentran estas normas sociales o leyes objetables y ofensivas, sino sólo a aquellas mujeres que las encuentran tan detestables que están dispuestas a no cumplirlas cualquiera que sea el castigo ya que, en este caso, se puede considerar que, este modo de pensar constituye una característica fundamental para su identidad que no debe serle exigida cambiar. El tribunal considera que la solicitante no ha demostrado este último aspecto ya que en ningún momento manifestó estar dispuesta a incumplir estas normas sociales cualquiera que fuera el castigo por no acatarlas, únicamente se limitó a manifestar que haría todo lo posible por no cumplirlas si podía evitarlas, es decir nunca afirmó que se negaría a usar el chador o a cumplir cualquier otra norma discriminatoria hacia las mujeres independientemente de la severidad de las consecuencias. En definitiva, no ha demostrado que iba a desobedecer las normas y, por tanto, a sufrir las consecuencias de su incumplimiento; ni ha demostrado que cumplir con dichas normas sea tan detestable para sus más profundas creencias como para equivaler a persecución. Al no haber demostrado que sus creencias son suficientemente profundas no se considera una característica fundamental que no pueda cambiar y, por lo tanto, no se dan los requisitos para que la solicitante integre el grupo social alegado.

Por lo que respecta a los motivos políticos, según el tribunal, para que pueda reconocerse que una persona es perseguida por motivos políticos debe poder: 1) especificarse la opinión política, 2) probar que se tiene esa opinión política y 3) probar

que se es perseguida o que se tiene un temor fundado de ser perseguida por sostener esa opinión política.

En este caso, la opinión política es calificada como *feminismo* por lo que se cumpliría con el primer requisito ya que el tribunal no tiene ninguna duda de que el feminismo pueda constituir una opinión política. También se cumpliría con el segundo requisito ya que la solicitante testificó sobre sus puntos de vistas respecto de cuestiones relacionadas con la posición de las mujeres en su país. Sin embargo no se cumpliría con el tercero por cuanto de la prueba no se deduce que las mujeres feministas sean generalmente sometidas a tratamiento severo equivalente a persecución, pese a que el tribunal reconoce que el concepto de persecución es lo suficientemente amplio para incluir medidas gubernamentales que obliguen a una persona a llevar a cabo conductas que, si bien no son físicamente dolorosas, son detestables según sus más profundas creencias.

Según Kennady (1998: 329) "*Fatin* ilustra la estrechez de miras al definir la opinión política y la pertenencia a un determinado grupo social como categorías de la CG y la dificultad que los tribunales tienen para subsumir los casos de persecución por motivos de género dentro de las categorías preexistentes". Dos casos muy similares a *Fatin* son el caso *Fisher* (1994) y el caso *Yadergar-Sargis* (2002). En los tres casos se reconoce que las mujeres que tiene miedo a ser perseguidas por no aceptar los códigos de vestimenta impuestos por las leyes islámicas iraníes pueden constituir un grupo social pero considera que, en los tres casos, la oposición de las solicitantes a dichas leyes no es fundamental para su identidad o conciencia ya que, en caso de tener que volver a Irán, continuarían vistiendo el velo como lo hacía antes para evitar problemas. Así no existe ni persecución ni grupo social. En los tres casos la persecución que sufren no se reconoce como de suficiente entidad para ser consideradas refugiadas. Musalo et al. (2002) se preguntan si requiriendo una expresión de intensa y ferviente oposición a estas normas sociales no se está exigiendo un estándar cercano al martirio para mujeres que afrontan el fundamentalismo islámico patriarcal. Se exige a las mujeres una manifestación pública de su resistencia no teniendo en cuenta el contexto en el que dicha resistencia tiene lugar, o sea en un lugar en el que dicha

manifestación solo se va a traducir en una mayor persecución por desafiar los roles de género que tienen asignados en la sociedad iraní. Las formas en las que estas mujeres manifiestan su resistencia no se consideran políticas por cuanto, en materia de asilo, el concepto de “lo político” es muy restringido. No se tiene en cuenta que la participación política y la resistencia están fuertemente influidas por los roles de género.

Otro ejemplo son los crímenes de honor que hacen referencia a prácticas normalmente llevada a cabo en Oriente Medio y en el sur de Asia por el que los varones de la familia están legitimados a matar a las mujeres que han traído el deshonor o la vergüenza a la familia. El concepto de honor está fuertemente vinculado al comportamiento sexual de las mujeres. Puede considerarse que las mujeres han deshonrado a la familia por querer elegir a la persona con la que casarse o pensar que tienen derecho a divorciarse. El hecho de haber sido violadas también profana el honor de los parientes masculinos y las mujeres víctimas pueden ser duramente castigadas porque la virginidad es un requisito para poder contraer matrimonio. Las mujeres separadas o divorciadas pueden ser sometidas a un tratamiento discriminatorio grave. El daño que las mujeres pueden experimentar o temer en casos de transgresión de normas sociales y el concepto de honor en cada sociedad varía. En algunos países los hombres acusados de crímenes de honor son castigados con una pena muy baja comparada con la pena prevista para el asesinato. Puede también suponer que aunque una mujer no tema por amenazas contra su vida, se vea forzada por medidas para conservar o restablecer su honor. El daño experimentado en estos casos está normalmente relacionado con el matrimonio como medio para restablecer el honor, incluido el matrimonio forzado que sí es considerado persecución. Esto es lo que sucedió en el caso *Gao* (2006). La solicitante se crió en una zona rural de la provincia de Fujian (China), en la que los padres normalmente, venden a sus hijas en matrimonio. Siguiendo esta práctica, la solicitante fue vendida a un hombre a los diecinueve años con la promesa de contraer matrimonio a los veinte años para obtener dinero y poder pagar unas deudas. Llegado el momento la solicitante se negó a casarse y escapó a otra zona situada a más de una hora de distancia pero su futuro esposo continuó acosando a su familia y, cuando éstos se negaron a decirle dónde estaba, les destruyó la casa. La solicitante escapó a Estados

Unidos donde pidió asilo. El tribunal sostiene que la solicitante pertenece al grupo social de “mujeres que han sido vendidas en matrimonio, independientemente de que el matrimonio haya tenido lugar o no, y que viven en una parte de China en donde los matrimonios forzosos son considerados válidos”; entiende que es perseguida por pertenecer a ese grupo social, quedando establecido el nexo causal; los esfuerzos del gobierno chino para impedir la venta de mujeres para matrimonios es obstaculizada por la corrupción y por los líderes locales y, por lo tanto, la solicitante no iba a obtener protección alguna. Por último, descartó que la posibilidad de alternativa de huida interna ya que de hecho, ya lo intentó antes de viajar a Estados Unidos y la persecución no cesó. Por todo ello se le reconoció el derecho de asilo y la condición de refugiada.

En España el matrimonio forzoso ha sido considerado como persecución por la jurisprudencia: “se expuso una persecución por razón de género plasmada en hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales”. Y se refiere al matrimonio forzoso como “manifestación de persecución dirigida contra las mujeres o el género femenino”²⁸². Además, el Tribunal Supremo ha reconocido como refugiada a una mujer nigeriana a la que se le había practicado la MGF y que huyó de un matrimonio forzoso²⁸³ y a una mujer nacional de Argelia sometida a matrimonio forzoso y violencia machista en pareja²⁸⁴.

El Tribunal Supremo también ha reconocido que una discriminación grave por razón de sexo puede constituir persecución. Así lo reconoce en un caso en el que a la solicitante, una mujer nacional de Ucrania, madre soltera de dos hijos, le fue negado

²⁸² Sentencias de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 (recurso nº 735/2003) y de 23 de junio de 2006 (recurso nº 4881/2003).

²⁸³ Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 (recurso nº 3155/2006).

²⁸⁴ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 (recurso nº 1789/2009). También la Audiencia Nacional ha reconocido la condición de refugiada en un supuesto similar, Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2010 (recurso 158/2010).

por el Estado todo tipo de ayuda económica y a la que, debido a la discriminación social que padecía, le había resultado imposible encontrar trabajo, declarando que los motivos alegados, eran encuadrables dentro de los motivos previstos en la CG, en concreto, una persecución por motivos de género²⁸⁵, aunque tratándose de un caso de recurso contra una resolución de inadmisión a trámite, se desconoce si se ha traducido en el reconocimiento de la solicitante como refugiada.

En todos estos casos el motivo en el que normalmente se suelen subsumir es el de persecución por pertenencia a un determinado grupo social, aunque también podrían subsumirse en los motivos religiosos o políticos dependiendo de contexto religioso o político en el que la discriminación tenga lugar. El desafiar normas sociales difiere de las formas convencionales de lo político y ha sido considerado como personalmente motivado y no como político. Como resultado las mujeres perseguidas por transgredir dichas normas han encontrado dificultades para incluirse dentro de la definición de persona refugiada. Como ya he expuesto anteriormente, la oposición de las mujeres a formas de opresión institucionalizadas debe ser entendida como política. Una mujer que se opone a la legislación que discrimina a las mujeres o que expresa opiniones de independencia frente a normas sociales o la cultura dominante masculina puede ser perseguida por su opinión política real o por una opinión política que se le imputa. Esta mujer será percibida dentro de la estructura social y política como antagónica a las normas sociales de dicha sociedad. Por eso si una mujer se resiste a cumplir con estas normas, su persecución debe ser reconocida como política.

6. Violencia machista en pareja

La primera sentencia que en Estados Unidos aborda el tema de la violencia machista en pareja en relación con el asilo es en el caso de *Rodi-Alvarado* (1999)²⁸⁶. La solicitante es una mujer nacional de Guatemala que sufrió malos tratos severos por parte de su esposo durante diez años. Desde el principio su esposo la atormentaba tanto física como psicológicamente, la asustaba hablándole de las personas que había

²⁸⁵ Sentencia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007.

²⁸⁶ *Matter of Rodi Alvarado-Peña*, United States Board of Immigration Appeals, 20 September 1999.

asesinado cuando estaba en la armada y la violaba y sodomizaba continuamente. En una ocasión le transmitió una enfermedad sexual y la solicitante intentó suicidarse. También intentó escapar buscando refugio en casa de sus padres pero cada vez que escapaba su marido la encontraba y la obligaba a volver a casa. En una ocasión la obligó a levantarse en medio de la noche y la golpeó con una cuerda eléctrica y con un machete la amenazó con cortarle las manos, las piernas y dejarla en una silla de ruedas si volvía a abandonarle. En otra ocasión, cuando se negó a abortar, la golpeó tan fuerte en la espalda y la vagina que estuvo sangrando ocho días. La solicitante intentó obtener protección de la policía pero ésta se negó a intervenir. El hecho de que su esposo fuera un antiguo militar y la familiaridad que éste tenía con la policía convertía cualquier llamada a la policía inútil. La solicitante reclamó protección de la autoridad judicial pero ésta se negó a intervenir en disputas familiares. Finalmente, la solicitante decidió escapar y logró llegar a Estados Unidos donde pidió asilo.

El juez de primera instancia concedió asilo considerando que: a) la solicitante había sufrido persecución en el pasado y probado su temor fundado de sufrir persecución futura a manos de su esposo; b) aplicando la misma lógica jurídica que en *Kasinga*, consideró que la solicitante era perseguida por su pertenencia a un determinado grupo social definido por el sexo, nacionalidad y estado civil de casada, esto es “mujeres de Guatemala con relaciones íntimas con hombres que creen que las mujeres deben vivir bajo la dominación masculina”, y por motivos políticos considerando que la resistencia de la solicitante a la dominación masculina era opinión política o, al menos, así podía ser interpretado por su esposo. Al igual que ocurría en *Kasinga*, al valorar la existencia del nexo causal entre la persecución sufrida y uno de los motivos de la CG, no sólo se tuvo en cuenta la motivación del agente perseguidor sino también el contexto social en el que la violencia machista en pareja tenía lugar. Al igual que en *Kasinga* se reconoció que la MGF era una forma de opresión sexual para asegurar la dominación masculina sobre las mujeres, en esta sentencia se afirma la misma conclusión respecto de la violencia machista en pareja. Se estimó probado que el gobierno de Guatemala no quería controlar la violencia machista en pareja por considerarla un asunto privado, personal, familiar. Añade la sentencia que es importante tener en cuenta el grado de impunidad del agente perseguidor a la hora de

establecer el nexo causal. Por otro lado, basándose en el caso *Fatin*, considera que la oposición a la violencia machista en pareja es opinión política.

Sin embargo, en la segunda instancia, se le denegó el asilo por entender que, pese a quedar acreditado que la solicitante sufrió persecución y que era incapaz de obtener protección del Estado, no había podido demostrar el nexo entre la persecución sufrida y los motivos de la CG, considerando que la persecución no se produjo ni por su pertenencia a un determinado grupo social ni por la imputación de opiniones políticas: la solicitante se resistía al maltrato simplemente por su deseo de no ser maltratada y su esposo la maltrataba no por ninguna ideología que éste le pudiera imputar sino simplemente por ser su esposa, negando de este modo toda posibilidad de calificar la resistencia de la actora como política utilizando un concepto de opinión política restrictivo. Igualmente no se estimaba que concurriesen los requisitos para configurar un grupo social ya que, además de cumplirse los requisitos exigidos en *Acosta* y *Kasinga*, había que cumplir otros dos requisitos adicionales que dificultan, aún más si cabe, el poder subsumir una persecución dentro de la pertenencia a un determinado grupo social: que los miembros del grupo se consideren miembros de dicho grupo, es decir, que se trata de un grupo cohesivo y que el grupo social fuese percibido como tal por la sociedad (el enfoque adoptado en *Sánchez Trujillo* y en *Gómez*). Es decir, se exigía que concurriese el enfoque de las características protegidas y el enfoque de la percepción social simultáneamente y no de forma subsidiaria, y que además el grupo social fuese cohesivo. En el voto particular emitido por cinco de los diez magistrados que integran el tribunal se afirma que la solicitante es perseguida por pertenencia a un determinado grupo social ya que el grupo social puede ser configurado por una característica como el sexo, conjuntamente con otras. Así pues, el razonamiento de los magistrados que emiten el voto particular es que, del mismo modo que en *Kasinga* el grupo social viene definido por el sexo, la etnia y la oposición a la MGF, en el caso *R-A*, el grupo social viene definido por el sexo, el estado civil y la oposición a la violencia machista en pareja. “No existe ningún motivo por el que reconocer la existencia de grupo social en caso *Kasinga* y no reconocerlo en el caso *R-A*” (Shapiro, 2000: 484, Musalo, 1999). En ambos casos se inflige la persecución por parte de actores privados y las víctimas se

resisten a la práctica violenta culturalmente aceptada o consentida y no perseguida ni penalizada por el Estado. En ambos casos, el objetivo social de dichas prácticas es asegurar la dominación masculina, por tanto, la subordinación femenina. El objetivo social es el que permite afirmar que se da el nexo causal entre la persecución sufrida y la pertenencia al grupo social.

Una vez más observamos que “el problema se concreta básicamente en dos cuestiones: una, configurar el grupo social y, dos establecer el nexo causal entre la persecución sufrida y los motivos de la CG” (Shina, 2001: 1574), lo que “es más difícil de determinar en los supuestos de violencia machista en pareja” (Knight, 2003: 28). En muchos casos de violencia machista en pareja el resultado es considerar que la violencia no es infligida por ninguno de los motivos previstos en la CG y que este “tipo de violencia, al igual que la violación, son asuntos privados que no cumplen los requisitos para ser considerados como persecución” (Gillespie, 2003: 541). El derecho a la no interferencia más allá de las puertas del hogar oculta que las relaciones entre los sexos también son relaciones sociales, y no sólo personales. Da por supuesto que entre el hombre y la mujer hay poco que regular, porque se presumen equivalentes y que, en el caso de que se produzcan conflictos entre ambos, ninguno tiene las de perder. “La naturaleza privada de la violencia contra las mujeres ha dado como resultado la exclusión de la persecución por motivos de género de los debates tradicionales en materia de asilo” (Shapiro, 2000: 472).

Otro de “los grandes errores de la sentencia es no entender el papel de los agentes de persecución no estatales en la legislación de asilo” (Heyman, 2005:731), aspecto íntimamente relacionado con el de la prueba del nexo causal. “El asilo proporciona protección internacional subrogada para aquellas personas que han sufrido una quiebra de la protección en su país de origen cuando el Estado propio no es capaz o no quiere facilitar dicha protección” (Wilsher: 2003: 85). Cuando el Estado es el agente de persecución es fácil ver el incumplimiento de la obligación del Estado de proteger a las personas que están bajo su jurisdicción pero este incumplimiento no es menos grave cuando la persecución se lleva a cabo por los agentes no estatales cuando el Estado es incapaz de actuar o no quiere actuar contra éstos. En estos casos

debe entrar en juego el enfoque bifurcado. Aunque el tribunal considerase que no se acreditaba que la persecución por parte del esposo lo era por uno de los motivos previstos por la CG, quedaba acreditado que la incapacidad o renuencia del gobierno de Guatemala para dar protección a la solicitante lo era por motivos de género, por lo que se cumplía con el requisito del nexo causal.

La sentencia recaída en el caso *R-A* ha tenido un impacto negativo en decisiones posteriores dictadas tanto en casos de violencia machista en pareja²⁸⁷ como en casos de crímenes de honor²⁸⁸, esclavitud sexual y prostitución forzada (Musalo, 2001).

Esta sentencia es contraria a lo establecido en el caso *Kasinga*. Es difícil comprender el motivo por el que se reconoce el asilo en *Kasinga* y, sin embargo, se deniega en el caso *R-A*. “Los tribunales son más propensos a conceder asilo en aquellos supuestos en que la violencia contra las mujeres puede relacionarse con prácticas culturales atribuibles a culturas extranjeras, no occidentales y son reacios a conceder asilo en aquellos casos de violencia contra las mujeres cuyas formas son iguales o parecidas a las formas de violencia que se dan de manera generalizada en Estados Unidos, como sucede con la violencia machista en pareja (Shina, 2001: 1585). Se deniega el asilo en el caso *R-A* que trata sobre violencia machista en pareja y se

²⁸⁷ Un ejemplo de denegación de violencia machista en pareja con posterioridad al caso *R-A* es el caso *D-K* (20 de enero de 2000) en el que se deniega asilo a una mujer de la República Democrática del Congo casada con un militar del gobierno de Mobutu. Esta mujer sufría una situación grave de violencia: golpes, violaciones en presencia de sus hijos y el marido le contagió una enfermedad de transmisión sexual. Se le denegó el asilo pese a aceptar la existencia del grupo social alegado por la solicitante, “mujeres congolesas” o “mujeres congolesas que no desean permanecer con un esposo que las maltrata”, alegando que la persecución no se producía ni por su pertenencia a este grupo social ni por motivos políticos sino por el simple hecho de que su esposo era una persona despreciable.

²⁸⁸ Ejemplos de denegación en casos de crímenes de honor son el caso *A* (20 de agosto de 1999) y el caso *M-O* (8 de octubre de 1999). En el primer caso se deniega asilo a una mujer de Jordania amenazada de muerte por una cuestión de honor a manos de su familia por haber tenido relaciones sexuales antes del matrimonio y por haberse casado en contra de los deseos de su familia. Pese a resultar su testimonio creíble y ser coherente con la situación de su país de origen, se considera que la amenaza de crimen de honor es un episodio familiar aislado. En el segundo caso, se deniega asilo a un hombre procedente también de Jordania que alegaba que sería torturado y asesinado por haber tenido relaciones sexuales con su novia, comprometida con otro hombre. Esta conducta estaba penada en la ley islámica. Pese a que en primera instancia se le concedió asilo, en segunda instancia se le fue denegado pese a que se reconocía que el solicitante formaba parte del grupo social alegado “jordanos condenados a muerte por la ley islámica”, considerando que dicho grupo no es reconocido como un segmento de población diferenciado.

concede en *Kasinga* porque la MGF puede considerarse como una práctica cultural o un ritual de una tribu africana vinculada al fundamentalismo islámico. Por el contrario la violencia machista en pareja no puede ser calificada como una práctica o costumbre atribuible a un raza diferente de la blanca porque frecuentemente tiene lugar dentro de las propias fronteras de Estados Unidos. En las peticiones de asilo por motivos de género, las etnocéntricas formas de daño se subordinan a formas de daño exóticas y, de este modo, mientras que la MGF es asumido que constituye persecución, no existe el mismo consenso respecto a la violencia machista en pareja (Oxford, 2005, Engle, 1992). Conceder asilo en el caso *Kasinga* y denegarlo en el caso *R-A* es consistente con la agenda de las feministas coloniales de “salvando mujeres de las culturas primitivas”. La noción de cultura que preside la jurisprudencia de asilo está profundamente enraizada en estereotipos raciales y de género (Shina, 2001: 1588). En este mismo sentido, Carmen Gregorio (2004: 20) afirma que “la proliferación de imágenes del inmigrante como ‘bárbaro’, ‘salvaje’ a partir de prácticas culturales que afectan a las mujeres, constituye una forma más de erigirnos en salvadores de las ‘otras’, mediante la estigmatización de un colectivo –que incluye a hombres y mujeres– y la negación de las luchas que las propias mujeres afectadas mantienen frente a las prácticas de dominación. Pero además, al anteponer al ‘civilizado’ frente al ‘salvaje’ caemos en el riesgo de olvidarnos que nuestra tan modélica e igualitaria ‘cultura’ también ejerce formas de dominación y violencia hacia sus mujeres, muchas de las cuales terminan en asesinatos”. Este discurso ha sido denominado como “diferencialismo culturalista” por De Lucas (2008) quien insiste en la necesidad de eludir este tipo de discursos por esencializar a las sociedades de origen de las personas migrantes o desplazadas forzadas considerándolas como eminentemente patriarcales o violentas, frente a la autopercepción de la sociedad propia. “Es necesario eliminar este discurso naturalizador de las otras sociedades frente a las sociedades occidentales que se autoconciben exentas de actos ‘bárbaros’” (Merino, 2012b).

Si *Kasinga* proporcionaba un sólido marco legal, no sólo para casos de MGF sino para otras formas de persecución por motivos de género (Shapiro, 2000), la sentencia recaída en el caso *R-A* supone un gran retroceso. Además, podría tener un efecto negativo a la hora de interpretar la legislación internacional de asilo en otros países,

ya que los tribunales extranjeros suelen mirar a la jurisprudencia de Estados Unidos en busca de ejemplo para decidir peticiones de asilo por motivos de género (Schaffer, 2001). Hay que cambiar esta concepción de la violencia machista en pareja para que deje de ser percibida como una cuestión privada para ser considerada como una cuestión pública, una cuestión de derechos humanos. Esto es lo que sucedió el 19 de agosto de 2009 cuando Rodi Alvarado fue reconocida como refugiada tras catorce años de batalla legal. El caso de Rodi Alvarado, tras pasar de jurisdicción en jurisdicción de diferentes órganos judiciales a la espera de que el Department of Homeland Security de Estados Unidos proporcionase directrices a los jueces y tribunales sobre el tratamiento que deben recibir las peticiones de asilo basadas en violencia machista en pareja (directrices que a fecha 18 de febrero de 2012 todavía no han sido publicadas), fue resuelto por un Juez de Inmigración sin prácticamente motivación alguna (Bookey, 2012), órgano judicial cuyas sentencias no tienen el valor de precedente. Por ello, pese a este resultado favorable, el mismo no puede ser aplicado a otros casos similares y el resultado ha sido que por parte de algunos órganos judiciales se reconoce la violencia machista en pareja como un motivo que legitima una petición de asilo y por parte de otros no se reconoce, dependiendo de la interpretación que cada uno haga (Bookey, 2012).

En España se ha reconocido la violencia machista en pareja como persecución y se ha concedido el derecho de asilo y la condición de refugiada por este motivo, en el caso de una mujer nacional de Argelia sometida a malos tratos físicos y psíquicos por parte de su esposo, en el que el tribunal considera que “la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un determinado grupo social, en atención a lo expuesto es procedente la concesión del derecho de asilo”²⁸⁹.

Pese a todos los problemas que se dan en relación con los requisitos exigidos para configurar un grupo social en los casos de violencia machista en pareja el enfoque

²⁸⁹ Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 13 de enero de 2009 (recurso nº 1528/2007).

más extendido es subsumir estas peticiones dentro de la pertenencia a un determinado grupo social. Goldberg (1993) sugiere que, en estos casos, el grupo social debe ser visto en el contexto social en donde las mujeres son consideradas inferiores a los hombres y tratadas como una propiedad sujeta a dominación masculina sin tener en cuenta su propia voluntad. Pero no hay que olvidar la posibilidad de que la resistencia de las mujeres a la dominación masculina violenta pueda ser una expresión de una opinión política.

7. Esterilización forzosa

La esterilización forzosa es una violación de los derechos reproductivos. En la parte de esta investigación dedicada al DIDH ya definí estos derechos distinguiéndolos de los derechos sexuales. En relación con las violaciones de los derechos reproductivos en materia de asilo, voy a centrar el tema en la esterilización forzosa en relación con la política china de un solo hijo/a.

Muchos de los debates sobre las violaciones de los derechos reproductivos de las mujeres han estado centrados en cómo afectan a las mujeres individualmente (a su derecho a la salud, a su vida privada, a su vida laboral etc.). Desde hace unos años el debate se ha centrado en el examen del rol reproductivo de las mujeres en las luchas políticas en relación con su identidad nacional. En muchos casos las presiones que se ejerce sobre las mujeres para tener o no tener descendencia no están relacionadas con ellas como individuos, esposas o trabajadoras sino como miembros de una colectividad nacional específica. Según determinados proyectos nacionales, en circunstancias históricas determinadas, a mujeres en edad de procrear se les ha exigido o han sido forzadas a tener más o menos descendencia.

Podemos distinguir varios enfoques asociados con las políticas de control de la población, cada una de las cuales afecta de manera diferente a las mujeres (Crawley, 2001): a) Medidas para conseguir que las mujeres tengan descendencia. El futuro de una nación puede ser percibido como dependiente del continuo crecimiento y se puede exigir a las mujeres que tengan descendencia. La necesidad de población, normalmente de hombres, puede deberse a varios objetivos nacionalistas, tanto civiles como militares; b) la eugenesia que busca la “mejora” de los rasgos hereditarios

humanos motivando a aquellas que son “apropiadas” en términos de origen y clase a tener más descendencia y desanimando a otras que no cumplen con estos requisitos a tenerlos. Un ejemplo de esta filosofía son las esterilizaciones forzosas llevadas a cabo por los nazis o la esterilización de la población gitana en la Europa del Este; y c) las teorías de Malthus que considera la reducción del número de hijos e hijas como la manera de evitar un futuro desastre nacional. Las políticas de control de la natalidad están normalmente dirigidas a reducir o aumentar las tasas de nacimientos y las mujeres son el objeto de estas políticas. Algunos países han limitado el acceso a la contracepción o al aborto para elevar las tasas de natalidad lo que viola los derechos reproductivos de las mujeres. Otros gobiernos han introducido incentivos económicos o especiales privilegios para promover el nacimiento de niños y niñas entre determinados grupos de población. La política más polémica al respecto es la política de un solo hijo/a en China justificada en la subordinación de los intereses individuales a los colectivos por entender que el bienestar de la población a largo término debe ser asegurado por la limitación de los recursos económicos y naturales.

En tanto que esta política tiene por objeto el control de la natalidad, algunos jueces pueden estimar que los derechos reproductivos no son violados porque la ley tiene un objetivo legítimo. Así por ejemplo sucedió en el caso *Chang* (1989) en el que se denegó el asilo a una pareja china que tenían dos hijos y habían, por tanto, incumplido la prohibición de tener más de un hijo/a y alegaban que, caso de ser devueltos, serían sometidos a esterilización forzosa. Hay que tener en cuenta que aunque una ley tenga un objetivo legítimo, si es implementada con medios persecutorios (esterilización y/o aborto forzosos) y/o si el castigo o pena por incumplir dicha ley es desproporcionadamente severa, existirá persecución²⁹⁰.

La violación de derechos reproductivos constituye un ejemplo de discriminación por razón de sexo implementada a través de una ley que podría legitimar una petición de asilo por poderse configurar como persecución. El debate ha girado sobre si una

²⁹⁰ Párrafo 13 de las Directrices de protección internacional del ACNUR sobre persecución por motivos de género.

mujer que huye por tener temor fundado de que se violen sus derechos reproductivos puede obtener protección por pertenencia a un determinado grupo social. Este énfasis en centrarse en la pertenencia a un grupo social ha despolitizado el análisis incluso en aquellos casos en que las mujeres han utilizado sus derechos reproductivos para mostrar su oposición política y resistencia. En cada caso, habrá que analizar qué motivo de la CG es el más apropiado dependiendo de las circunstancias particulares de la solicitante y del contexto del país del que huye para evitar los problemas que hemos visto existen con respecto a la configuración del grupo social y, más concretamente el requisito de que el grupo social exista con independencia a la persecución sufrida.

En el caso *Guo Chun Di* (1994) se concedió asilo a una pareja china que se oponía a la política china de un solo hijo/a y dicha oposición se consideró política. También se optó por conceder asilo por motivos políticos en el caso *C-V-C* (1997) en el que la esposa del recurrente había sido sometida a esterilización forzosa, reconociendo el tribunal que se había sufrido una persecución por motivos políticos. Esta sentencia es también importante porque reconoce que la persecución pasada que implica la esterilización forzosa, al igual que la MGF, puede ser entendida como persecución presente y futura, y que el daño causado se prolonga en el tiempo y tiene consecuencias adversas a lo largo de toda la vida, razón suficiente para fundamentar una petición de asilo.

En España no se han dado casos que versen sobre esterilización forzosa como persecución en el sentido de la CG.

VII. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO TORTURA O TRATO INHUMANO O DEGRADANTE: ESTATUTO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

Hasta ahora hemos visto diferentes formas de violencia contra las mujeres que pueden constituir persecución en el sentido previsto en la CG y, por tanto, posibilitan que las mujeres que las sufren sean reconocidas como refugiadas. Voy a exponer ahora como los tipos de violencia anteriormente analizados pueden configurarse como tortura o trato inhumano o degradante y legitimar la concesión de otro estatuto de protección internacional: la protección subsidiaria.

Ya expliqué anteriormente que la necesidad de protección internacional puede reconocerse mediante la concesión de dos estatutos: uno de ellos es el de persona refugiada y el otro el de persona beneficiaria de protección subsidiaria.

Para que una persona pueda ser reconocida como refugiada el daño sufrido debe poder ser calificado como persecución, artículo 6 de la Ley 12/2009, además de cumplirse con los otros requisitos de la definición de persona refugiada. Para que una persona puede ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria tendrá que demostrar que sufre alguno de los daños graves previstos en el artículo 10, esto es, “a) la condena a pena de muerte o riesgo de su ejecución material, b) la tortura, pena o trato inhumano o degradante en el país de origen del solicitante y c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”.

Vemos que el apartado b) del artículo 10 recoge el artículo 3 del CEDH y de ahí la importancia de que el TEDH reconozca la violencia contra las mujeres como contrario al artículo 3, la prohibición de tortura o pena o trato inhumano o degradante y no como violación del artículo 8, derecho a la vida privada y familiar para el reconocimiento de las mujeres como beneficiarias de protección subsidiaria. La jurisprudencia que el TEDH dicte reconociendo la violencia contra las mujeres contrario al artículo 3 del CEDH puede ser invocada en el procedimiento de asilo para reclamar el reconocimiento de las mujeres solicitantes de asilo como beneficiarias de protección subsidiaria. Sin embargo si el TEDH califica la violencia contra las mujeres contrario al artículo 8, dicho pronunciamiento no nos sirve para invocarlo en el proceso de determinación de la condición de refugiada.

En muchos casos en que las mujeres sufren violencia y solicitan asilo se les deniega el estatuto de refugiada y se les concede el estatuto de protección subsidiaria por considerar que los actos de violencia cometidos contra ellas constituyen tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes y no persecución²⁹¹. Ya hemos visto en la

²⁹¹ Según la publicación *Asilo en cifras 2011* de la Subdirección General de Asilo, Oficina de Asilo y Refugio, en 2001: a) solicitaron asilo 908 mujeres (29%) y 2.514 hombres (73,47%); b) se reconocieron

parte dedicada al DIDH la reticencia que existe por parte de los tribunales a calificar la violación, la violencia machista en pareja o la MGF como tortura. Sin embargo, recordemos que existe jurisprudencia que califica: a) la violación como tortura si es llevada a cabo por un agente estatal (*Aydin c. Turquía*) y como trato contrario al artículo 3 de CEDH, sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante, si se es cometida por un agente no estatal (*M.C. c. Bulgaria*); b) la MGF como trato contrario al artículo 3 del CEDH sin especificar si se trata de tortura o pena o trato inhumano o degradante (*Collins y otra c. Suecia*); y c) la violencia machista en pareja como trato inhumano o degradante (*Opuz c. Turquía*). Pese a las críticas efectuadas en la parte dedicada al DIDH sobre la reticencia de los tribunales a calificar la violencia contra las mujeres como tortura, es importante que la jurisprudencia haya al menos reconocido que determinados tipos de violencia contra las mujeres son contrarios al artículo 3 del CEDH porque esto supone un cambio en el modo de percibir la violencia contra las mujeres, es decir, pasa de ser considerada un tema privado a una cuestión de derechos humanos. En relación con el asilo es además importante porque, si una mujer no es reconocida como refugiada por sufrir violación, violencia machista en pareja o MGF, puede ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria y se le garantizará, al igual que si fuera reconocida como refugiada, el principio de no devolución y los derechos consagrados en la CG y la legislación española para las personas refugiadas.

Durante mucho tiempo las peticiones de asilo que llevaban a cabo las mujeres se canalizaban por la vía de la protección subsidiaria y no por el asilo. Esto sucedía en muchos países incluso en España. “La práctica española parece ser fundamentalmente la de utilizar para la resolución de estos casos, no tanto la vía del asilo como la de la protección humanitaria [...] no parece que, en su alcance actual, la Convención de Ginebra sea el instrumento adecuado para la protección de este tipo de situaciones, que tienen su encaje más bien en la concesión de residencia por razones humanitarias”

como beneficiarias de protección subsidiaria a 289 mujeres (29%) y a 341 hombres (13,5%). Es decir que el porcentaje de mujeres a las que se concedió el estatuto de protección subsidiaria es el doble del concedido a los hombres. Disponible en <http://www.interior.gob.es/file/58/58075/58075.pdf> [acceso 13 noviembre 2012].

(Santolaya, 2000: 569, 587). Arenas (2009: 107) hace referencia al “abuso de la protección por razones humanitarias”.

Así lo demuestran algunas sentencias dictadas por los tribunales españoles. A una mujer nacional de Nigeria a la que se le había practicado la MGF y que huyó para no ser obligada a casarse con un hombre elegido por su padre, se le deniega la condición de refugiada pero se le concede protección subsidiaria: “En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2005 (sección quinta, recurso nº 4828/2002) nos da la pauta para interpretar el artículo 17.2 de la ley de asilo²⁹² cuando justifica su aplicación en la ‘existencia de circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos humanos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país. “Es obvio que si la demandante volviese a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos de incompreensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, acreditada en autos”²⁹³; también se deniega la condición de refugiada a una mujer nacional de Mozambique que, tras llegar a España se vio obligada a prostituirse y a abortar y, tras quedarse embarazada por segunda vez, se infectó con el virus del VIH, a la que se le concedió protección subsidiaria²⁹⁴; a una mujer colombiana que sufría malos tratos por parte de su compañero sentimental que

²⁹² Se refiere a la 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), es decir, la ley vigente hasta que se promulgó la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria que es la ley actualmente vigente. El artículo 17.2 de la ley 5/1984 regulaba el estatuto de protección subsidiaria: “No obstante lo dispuesto en el número anterior, 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 sus países de origen y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 artículo 3 de esta ley”. El artículo 3.1 recoge la definición de persona refugiada remitiéndose a la definición de la Convención de Ginebra. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, la protección subsidiaria estaba regulada sobre la base de unas genéricas previsiones de protección humanitaria y configurada como una institución carente de entidad propia, desprovista de una regulación detallada de sus elementos constitutivos.

²⁹³ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2006.

²⁹⁴ Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2005.

trabajaba para la mafia de Medellín²⁹⁵; En todos estos casos, tal y como he expuesto anteriormente, la violencia sufrida podría haberse considerado persecución.

Esta situación era discriminatoria para las mujeres porque los derechos reconocidos al estatuto de refugiada y de beneficiaria de protección subsidiaria no eran los mismos, sino que al primero se reconocían más derechos. Con la unificación de los derechos reconocidos a sendos estatutos por la ley 12/2009 de asilo española se elimina esta discriminación ya que, aunque las peticiones de asilo que realicen las mujeres se canalicen por la vía de la protección subsidiaria, los derechos que se reconocerán serán prácticamente los mismos que tendrían si se las reconociera como refugiadas. La equiparación de ambos estatutos en la legislación española es positiva porque la Directiva 2011/95 de reconocimiento permite que los Estados reconozcan menos derechos a las personas beneficiarias de protección subsidiaria.

Si comparamos los derechos reconocidos a una persona refugiada y a una persona a la que se le ha concedido protección subsidiaria en la Directiva 2011/95 de reconocimiento obtenemos el siguiente resultado: a) en relación con el permiso de residencia, a la persona refugiada se le concede un permiso de residencia válido como mínimo por tres años y renovable, mientras que a la persona beneficiaria de protección subsidiaria se le concede un permiso de residencia válido como mínimo por un año y, en caso de renovación, por dos años como mínimo (artículo 24); b) en relación con el documento de viaje, éste se expedirá a las personas refugiadas en todo caso y a las personas beneficiarias de protección subsidiaria sólo cuando no puedan obtener un pasaporte nacional (artículo 25); c) en relación con el empleo, a las personas refugiadas se las autorizará a realizar actividades económicas por cuenta propia y ajena, pero este derecho no se garantiza a las personas beneficiarias de protección subsidiaria ya que, con respecto a éstas, simplemente se establece la obligación de los Estados de velar por que se les ofrezcan posibilidades de formación relacionada con el empleo para adultos, formación profesional, incluidos cursos de

²⁹⁵ Sentencia de la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 661/1998).

formación para la mejora de las cualificaciones, trabajo en prácticas y asesoramiento ofrecido por las oficinas de empleo, en condiciones equivalentes a las de los nacionales; d) en cuanto a la protección social se concede a personas refugiadas y beneficiarias de protección la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los nacionales pero, en el caso de las segundas, dicha asistencia puede limitarse a las prestaciones básicas.

Antes de promulgarse esta Directiva, la que ella derogó, esto es la Directiva 2004/83 de reconocimiento permitía que los Estados pudieran incluso limitar el acceso de las personas beneficiarias de protección subsidiaria a la formación ocupacional, formación profesional, trabajo en prácticas y el acceso a programas de integración, limitaciones no presentes en la nueva directiva.

Aunque es cierto que los Estados, al trasponer esta directiva al derecho interno, en virtud del artículo 3 de la misma, pueden introducir o mantener normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocida como persona refugiada o persona con derecho a protección subsidiaria y para determinar el contenido de la protección internacional, los Estados pueden aplicar lo previsto en la Directiva 2011/95 de reconocimiento y no aprobar estándares más favorables en su legislación nacional, a diferencia de lo que ha hecho el legislador español, y en este caso si las peticiones de asilo que realizan las mujeres perseguidas por motivos de género se reconducen a la protección subsidiaria, se estará discriminando a las mujeres por no reconocérseles el mismo grado de derechos por no considerar los daños que éstas sufren como persecución y calificarlos como tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes. Si bien en España ha sido resuelto el problema al atribuir prácticamente total igualdad de derechos a ambos estatutos, en otros países de la Unión Europea subsumir las peticiones de asilo que realicen las mujeres perseguidas por motivos de género en la protección subsidiaria y no en el asilo puede ser discriminatorio para las mujeres.

VIII. CONCLUSIONES

1. Conclusiones primera parte: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La proliferación de estándares de derechos humanos en el ámbito internacional en los últimos sesenta años ha sido una característica del desarrollo del DI. Este interés creciente se ve reflejado en la elaboración de un número importante de instrumentos internacionales que consagran la prohibición de discriminación y derechos específicos de las mujeres. Pese a esta consagración formal de derechos, la respuesta del sistema internacional de derechos humanos a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres ha sido y es deficiente en muchos aspectos al existir un gran margen de diferencia entre las garantías formales y el disfrute real de los derechos.

El desarrollo del DIDH ha sido parcial y androcéntrico y toda su estructura se ha construido sobre el silencio de las mujeres, privilegiando un punto de vista masculino. Este sesgo androcéntrico del DIDH está presente tanto en la estructura organizativa (institucional) como normativa (conceptual) y en las reglas de procedimiento contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres, de tal forma que convierten dichos instrumentos y los mecanismos de protección en ellos previstos en altamente ineficaces.

Pese a todas estas barreras, en mi opinión es posible mejorar las estructuras institucionales y prácticas de procedimiento existentes y ampliar la interpretación de conceptos básicos dentro del DIDH para optimizar el impacto que las instituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto generales como específicos, pueden tener en el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. De este modo, parto del DIDH como espacio y herramienta de lucha que puede ser emancipadora para las mujeres.

Enmarcando esta investigación dentro de los feminismos críticos, en concreto los feminismos postcoloniales, he intentado desvelar los sesgos de género contenidos en el DIDH y en el DIPR y, plantear alternativas para utilizar el discurso de los derechos humanos de un modo más inclusivo, ampliando las personas que participan en este diálogo; ampliando el sujeto, las mujeres en toda su heterogeneidad, y otros colectivos igualmente excluidos; y teniendo en cuenta no sólo la diferencia sexual como factor de

exclusión sino también otros factores como la raza, la orientación sexual, la clase, edad, etc. He intentado proponer modos alternativos de interpretar algunos conceptos fundamentales que subyacen en la base del DIDH y del DIPR llevando a cabo una reconstrucción teórica para de, este modo, abordar las dos tareas que implica llevar a cabo un análisis feminista, esto es, por un lado desvelar sistemas de opresión y exclusión y, por otro proponer alternativas de cambio, alternativas de reconstrucción teórica y social. Para ello he utilizado métodos feministas de análisis (*Asking the woman question*, la razón práctica femista y la creación de conciencia) y herramientas analíticas como el *género* y las *experiencias de las mujeres*. Parto de la definición de género de Joan Scott como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos, y como una forma primaria de relaciones significativas de poder. Utilizo igualmente la categoría de *experiencias de las mujeres* para visibilizar cómo, en un determinado momento histórico o contexto, actúa el género cuando se combina con otros factores de exclusión como la edad, raza, situación socio-económica, orientación-identidad sexual, etc.

En relación con la falta de eficacia de la división entre organismos internacionales de derechos humanos generales y específicos, la creación de una rama especializada de derechos de las mujeres ha permitido su marginación ya que las instituciones de derechos de las mujeres son más débiles comparadas con sus homólogos dentro del *mainstream*: (1) los instrumentos legales específicos prevén obligaciones y procedimientos de control más frágiles; (2) la reserva por parte de los Estados es tolerada en un porcentaje más elevado que respecto ningún otro instrumento de derechos humanos general; y (3) el incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas al ratificar dichos instrumentos es elevado. Por otro lado, la creación de una rama especializada de derechos de las mujeres ha servido al *mainstream* de justificación para desatender las violaciones de los derechos humanos de las mujeres por entender que ya existen órganos específicos que prestan dicha protección. Resulta claro que el reconocimiento de las experiencias de las mujeres no puede limitarse a los organismos específicos de protección de los derechos humanos de las mujeres sino que debe extenderse a los organismos generales.

En relación con la escasa presencia de mujeres dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la exigencia dirigida a los Estados, formulada en 1995 por la Plataforma de Acción de Beijing, de que para el año 2000 se hubiese conseguido la equidad de género en los puestos de trabajo de la ONU que implicasen toma de decisiones no se ha conseguido. Por otro lado, la presencia de mujeres es mayoritaria en los Comités de la CEDAW y el de vigilancia de la Convención sobre los derechos del Niño, pero minoritaria en el resto.

En cuanto a las limitaciones normativas, centrándonos en el principio de igualdad y en la prohibición de discriminación, tanto el DIDH como el DIPR están basados en un principio de igualdad asimilacionista que, sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado (masculino), lo asume como idóneo para incluir a los demás (las mujeres) sólo en cuanto homologados con él. Este principio de igualdad es inútil ante determinados fenómenos intergrupales de injusticia social, ya que un planteamiento en términos de igualdad de trato individualizado deja sin resolver el estatus social intergrupacional perpetuando la injusticia social. Por ello propongo utilizar el concepto de discriminación grupal como hace Barrère.

En relación con el concepto de género presente en el DIDH y en el DIPR, se trata de un concepto de género que, o bien se utiliza como sinónimo de mujeres, como sinónimo de sexo o como opuesto al sexo. Estas formas de entender el género despolitizan a las mujeres. Cuando el género se considera como opuesto a sexo, si bien nos sirve para distinguir lo cultural de lo biológico, es un modo de entender el género meramente descriptivo que no logra explicar por qué se producen las relaciones de poder que permiten la dominación y subordinación femenina. En cuanto a la transversalización de género dentro de la ONU, se ha prestado poca atención por parte del *mainstream* y se ha interpretado de una forma muy limitada: desagregar datos por sexo, lenguaje inclusivo, falta de análisis en cuanto a las relaciones de género y cómo éstas influyen en el disfrute de los derechos humanos, etc.

La dicotomía público-privado, como otra de las limitaciones conceptuales, está presente al interpretar todos los derechos humanos, tanto los civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales como los derechos colectivos, de modo que estas

interpretaciones dejan fuera a las mujeres como sujetos de derechos, al centrarse la protección del DI en el espacio público. En consecuencia, no suele ser problemático declarar a un Estado responsable de una violación de un derecho cometida por un individuo, si éste es un agente estatal. Pero la declaración de responsabilidad del Estado se torna más complicada si el actor de la violación es un agente no estatal. Gracias a la evolución de la Teoría de la responsabilidad estatal, un Estado es responsable de la violación de un derecho humano cometido por un individuo si: 1. no establece protección legal adecuada frente a estas violaciones por parte de agentes, tanto estatales o como no estatales; 2. no realiza el esfuerzo necesario para investigar las violaciones; y 3. no castiga a los responsables y proporciona reparación para las víctimas, una vez ya ocurrida la violación del derecho. He analizado jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del TEDH que ha ido desarrollándose en materia de responsabilidad estatal y teoría de las obligaciones positivas que exigen al Estado adoptar la diligencia debida para evitar violaciones de derechos humanos, primero en relación con violaciones de derechos humanos cometidas por individuos en general, y luego en relación con la violencia contra las mujeres cometida por agentes no estatales. El desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado y de las obligaciones positivas interpretada en un sentido amplio y la jurisprudencia que la desarrolla ha permitido visualizar el tema de la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos y no privado. Junto a la responsabilidad del Estado resultante de aplicar la teoría de la responsabilidad y la teoría de las obligaciones positivas en relación con instrumentos de protección de derechos humanos generales, la responsabilidad del Estado también deriva de una aplicación directa de la CEDAW.

En relación con los obstáculos que dificultan el reconocimiento de las violaciones de derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos derivados de la ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos, la CEDAW supone un avance al reconocer la particular naturaleza de la discriminación que sufren las mujeres y que esta discriminación se produce de manera sistémica en todas las esferas de la vida social. Sin embargo, pese a la CEDAW no sólo requiere igualdad de oportunidades sino que exige también igualdad de resultados, parte de la suposición de que hombres y mujeres son iguales, aceptando la

aplicabilidad de un estándar masculino y basándose por tanto en un concepto de igualdad muy limitado. Desde el análisis de la CEDAW, la igualdad puede alcanzarse de una manera relativamente directa removiendo legalmente las barreras que impiden a las mujeres alcanzar el mismo estatus que los hombres: la igualdad se puede alcanzar dentro de las estructuras jurídicas y sociales, tal y como son actualmente. Esta suposición ignora muchas diferencias y desigualdades reales entre hombres y mujeres. Ello no obstante, cabe reconocer que la CEDAW supone un paso adelante en la medida que supera el enfoque del feminismo liberal, aproximándose a postulados del feminismo crítico al aplicar la noción de interseccionalidad a la discriminación.

Y para finalizar las limitaciones en relación con la ineficacia de los procedimientos de protección de los derechos humanos, hay que mencionar los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la CEDAW y las reglas de procedimiento de su Protocolo Facultativo. En cuanto a los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la CEDAW, uno de ellos es que los Estados incumplen su obligación de presentar informes al Comité de la CEDAW, contraída en virtud del artículo 18, y que el Comité no tiene potestad para obligar a los Estados a cumplir con dicha obligación. Así no existe ninguna consecuencia jurídica negativa ni para los Estados que no presentan dichos informes ni para aquellos que, aún presentándolos, no cumplen con las observaciones finales que se les hace por parte del Comité.

Otro de los problemas que reducen la efectividad de la CEDAW es la escasa duración del periodo de sus sesiones. El artículo 20 establece que “el Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención”. Es la reunión más breve de todos los comités creados en virtud de un tratado de derechos humanos. A medida que aumenta el número de Estados que ratifican o se adhieren a la CEDAW, el trabajo del Comité se incrementa. Además, desde que entró en vigor el Protocolo Facultativo, el Comité debe también examinar las quejas individuales que se presentan. La Asamblea General de Naciones ha ampliado provisionalmente el periodo de sesiones del Comité de la CEDAW a tres periodos de sesiones de tres semanas cada uno a partir de 2010 hasta que los Estados

partes de la Convención aprueban la propuesta de modificación del artículo 20.1 de la CEDAW que regula el periodo de sesiones del Comité. Por lo tanto, la resolución definitiva de este tema queda pendiente.

El tercer problema que menoscaba la eficacia de la CEDAW es el elevado número de reservas que se plantean por parte de los Estados al ratificarla o adherirse a ella pese a que su artículo 2 prohíbe las reservas contrarias al objeto y propósito de la Convención. La CEDAW es el instrumento internacional de derechos humanos respecto del cual se han formulado más reservas. El problema es que el Comité de la CEDAW no tiene poder para determinar cuándo una reserva es incompatible con el objeto y propósito de la Convención y tampoco existe ningún mecanismo para determinar la incompatibilidad de una reserva. Algunas de las reservas han sido realizadas por países islámicos que afirman aceptar las previsiones de la CEDAW en tanto en cuanto sean consistentes con las leyes islámicas o Shari'a. Algunas reservas afectan a legislación que restringe los derechos de las mujeres a la herencia o la propiedad; a leyes que regulan la nacionalidad y que no conceden a las mujeres los mismos derechos para adquirirla, cambiarla o modificarla después del matrimonio; y leyes que limitan las oportunidades económicas de las mujeres, su libertad de movimiento o para elegir su residencia. Estas reservas son contrarias con el objeto y propósito de la Convención al situar en un rango superior a la Shari'a o a costumbres o prácticas frente a las previsiones de la CEDAW. También el Vaticano formuló reservas invocando la ley natural y la ley de la Iglesia, y Estados Unidos de América que invoca su Constitución. Estas reservas se producen pese a que el artículo 27 del *Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados* prohíbe a los Estados invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. Pese a ello algunos Estados lo siguen haciendo sin que el Comité tenga facultad alguna para impedirlo.

La distinta ubicación geográfica de los organismos internacionales de derechos humanos generales (Ginebra) y los específicos (Viena), es otra de las cuestiones que ha limitado la eficacia de la CEDAW incidiendo negativamente en el trabajo coordinado. Este tema parece haberse solucionado tras quince años de reivindicaciones por parte del Comité de la CEDAW ya que éste pasó de funcionar dentro de la División para el

Adelanto de la Mujer situada en Viena, al Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, situado en Ginebra y Nueva York. Por otro lado, la creación en julio de 2010 de ONU Mujeres puede suponer una mayor interacción entre organismos generales y específicos de derechos humanos, que sin duda alguna puede ayudar a que la comunidad internacional perciba las violaciones de los derechos humanos de las mujeres como un tema que debe ser incluido dentro del *mainstream*.

Por último, para finalizar con las reglas de procedimiento que limitan la eficacia del Protocolo Facultativo de la CEDAW, las conclusiones que se obtiene son las siguientes:

Pese a que con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo se reconoce al Comité la competencia para conocer quejas individuales planteadas por personas o grupos de personas (artículo 2) y la posibilidad de iniciar un procedimiento de investigación de oficio (artículo 8), las posibilidades de actuación del Comité quedan muy limitadas ya que, aunque el protocolo no admite reservas, los Estados que lo ratifican o se adhieran a él, pueden declarar no reconocer la competencia del Comité para iniciar el procedimiento de investigación de oficio previsto en el artículo 8. Este procedimiento fue un punto de discordia y tuvo que aceptarse la cláusula *opt-out* por la que se permite a los Estados no reconocer la competencia del Comité en este tipo de procedimiento de investigación en aras de que un mayor número de Estados ratificase el protocolo. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que esta posibilidad limita la eficacia de la CEDAW.

En cuanto al procedimiento de quejas individuales previsto en el artículo 2, aunque su instauración es positiva, tiene inconvenientes. El primero de ellos es que la competencia del Comité para conocer de estas quejas individuales no es automática sino que exige que el Estado haya ratificado o se haya adherido al Protocolo Facultativo. Y ello obviamente exige la previa adhesión o ratificación de la CEDAW y todavía estamos muy lejos del objetivo deseado de ratificación universal. En el supuesto de que un Estado haya ratificado tanto la Convención como el Protocolo Facultativo, otro de los problemas es que la decisión de un órgano quasi-judicial como el Comité en este procedimiento, aunque se hace pública, no es vinculante para los

Estados, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con decisiones de órganos judiciales como el TEDH. Por lo tanto el Comité puede reconocer que en el territorio del Estado demandado se ha producido una violación de un derecho de una mujer, pero dicha resolución puede que sirva de poco para remediar la situación de dicha mujer.

Muchos de los requisitos procedimentales constituyen otro obstáculo para lograr la efectividad de la protección de los derechos de las mujeres. El artículo 4 del Protocolo recoge los requisitos de admisibilidad de una queja individual por parte del Comité. En primer lugar, como regla general, deben haberse agotado los recursos internos, salvo en aquellos casos en que la tramitación de los recursos en el ámbito nacional se prolongue de manera injustificada, o sea probable que el Estado demandado no proporcione ningún remedio efectivo. En la mayor parte de los casos esto puede implicar de siete a diez años de procesos judiciales domésticos y de tres a cuatro instancias judiciales como requisito previo a poder acudir al Comité de la CEDAW para, en el mejor de los casos, obtener un resultado favorable que no se traduzca en ninguna ventaja práctica para la demandante, o que el Estado no adopte ninguna medida de las que se le indica por el Comité sin que éste tenga ningún poder para obligarle a hacerlo. El artículo 4 también exige otros requisitos. No hay que restar importancia al posible efecto negativo que puede tener que una comunicación individual sea inadmitida a trámite por incumplimiento de uno de estos requisitos formales. Los Estados pueden aprovechar este resultado para alegar que el caso ha sido analizado a nivel internacional, que ha sido rechazado y que, por lo tanto, no es necesario tomar ninguna decisión nacional al respetarse los estándares de protección internacionales.

Una vez superados todos estos obstáculos, la tramitación de la queja individual frente al Comité también requiere un tiempo. Ya hemos abordado la sobrecarga de trabajo que tenía el Comité, carga de trabajo que puede verse aliviada con el aumento de sus periodos de sesiones. Pero aún así la resolución de una comunicación no va a ser inmediata. Por todo ello el acceso a un recurso efectivo ante el Comité de la CEDAW se torna muy difícil. Esto unido al hecho de que sus resoluciones no garantizan

a la recurrente un remedio a las violaciones de sus derechos, ya que sus resoluciones no son vinculantes, puede traducirse en razones más que suficientes para disuadir a las mujeres de la interposición de una queja individual.

En cuanto a cómo se incluyen las violaciones de los derechos de las mujeres dentro de los organismos de protección generales y específicos, el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres no es demasiado problemático cuando se plantea como una cuestión discriminatoria individual, entendida como una ruptura individualizada de la igualdad de trato formal en la que se reconoce a las mujeres los mismos derechos de los que gozan los varones porque no se cuestiona el parámetro que se utiliza para llevar a cabo la comparación, porque las experiencias de las mujeres se reconducen a la experiencia masculina, tal y como se comprueba con el tratamiento dado a estos casos por el CDH y por el TEDH, organismos ambos de protección de derechos humanos generales en el ámbito de Naciones Unidas y regional europeo, respectivamente.

Sin embargo el reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres se torna más difícil en los supuestos en los que no existe una experiencia masculina a la que se pueda reconducir la femenina, si quien resuelve el caso es un organismo de protección de derechos humanos generales, esto es el CDH y el TEDH. Así ha sucedido en casos que versan sobre violaciones de derechos reproductivos, violaciones de derechos sexuales (casos de violación), y violencia contra las mujeres, en concreto MGF y violencia machista en pareja.

Dicho reconocimiento es más fácil si quien decide es un órgano de protección de derechos humanos específicos de las mujeres como el Comité de la CEDAW, tal y como se observa del tratamiento dado por el Comité de la CEDAW a violaciones de derechos reproductivos, violaciones de derechos sexuales (violación) y violencia contra las mujeres (violencia machista en pareja).

En cuanto a las violaciones de los derechos reproductivos, el CDH vincula todas las cuestiones relacionadas con la capacidad de las mujeres de decidir sobre la procreación con el derecho a la vida o la salud de las mujeres, pero nunca con la autonomía para tomar una decisión que afecta al control de su propio cuerpo. El

TEDH ha seguido el criterio de reconocer que la decisión de procrear o de no procrear forma parte del derecho al respeto a la vida privada de las mujeres (artículo 8 CEDH, derecho a la vida privada y familiar), pero sólo cuando su derecho a la vida o salud están en riesgo. Sin embargo, por lo que respecta a los derechos reproductivos de los hombres, el TEDH entiende que la decisión de procrear o de no procrear está igualmente integrada en el derecho al respeto a la vida privada y familiar pero sin estar supedita a ninguna condición. El Comité de la CEDAW, a diferencia del CDH y del TEDH, configura los derechos reproductivos como derechos de autonomía pensando en el ejercicio de la libertad sobre el propio cuerpo como un medio para la igualdad.

En cuanto a la violación de derechos sexuales centrada en casos de violación, el TEDH establece una serie de obligaciones positivas que los Estados deben cumplir que constituyen un paso adelante en la protección de los derechos de las mujeres (criminalizar y perseguir todas las formas de violación, obligación de garantizar un recurso efectivo a las mujeres víctimas de violación, obligación de llevar a cabo una investigación en los casos de violaciones de mujeres detenidas, etc.). Sin embargo los retos que el TEDH todavía tiene pendientes en relación con la violación son los siguientes: superar la dicotomía público/privado y valorar el nivel de severidad y gravedad de la violación para configurarla como tortura cuando quien viola es un agente no estatal; y conceptualizar la violación como una forma de discriminación, ya que afrontar la violación en términos estrictamente individuales invisibiliza su naturaleza sistémica y se entiende que deriva de una particular acción ofensiva y no de enteras estructuras de poder. A diferencia del tratamiento dado por el TEDH a la violación, el Comité de la CEDAW establece claramente que la violación es una forma de discriminación contra las mujeres visibilizando su naturaleza sistémica y acepta sin ningún problema que la violación puede ser cometida por un agente tanto estatal como no estatal.

En cuanto al tratamiento dado por el TEDH a casos de violencia contra las mujeres, en relación con los casos de violencia machista en pareja, si bien se han producido avances de gran importancia en cuanto al reconocimiento de obligaciones positivas a cargo del Estado para eliminar la violencia contra las mujeres, sigue una

línea similar a la violación, con la excepción de que, al producirse la violencia machista en pareja siempre por agentes no estatales, a diferencia de lo que sucede con la violación, que puede producirse tanto por agentes estatales como no estatales, nunca ha sido calificada como tortura. Así pues, los casos de violencia machista en pareja han sido considerados como contrarios al artículo 8 del CEDH, derecho al respeto a la vida privada y familiar, o como contrarios al artículo 3, pero como trato inhumano o degradante, y no como tortura. Por lo tanto, uno de los retos pendientes del TEDH en cuanto al tratamiento dispensado a la violencia machista en pareja es reconocer la gravedad de estos daños y considerarlos contrarios al artículo 3 como tortura, o por lo menos, reconocerlos siempre contrarios al artículo 3 aún cuando sea considerándolos como trato cruel, inhumano o degradante, superando la tendencia de analizar los mismos como violaciones del artículo 8. Por un lado, considerar los daños específicos que sufren las mujeres como tortura y no como un trato o pena inhumano o degradante o como una violación del artículo 8 es importante por ser una estrategia para eliminar la violencia contra las mujeres considerando la prohibición de violencia como una norma de *ius cogens* y definir los actos de violencia contra las mujeres como tortura dentro del marco de la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta es una estrategia para luchar contra la violencia contra las mujeres, diferente y alternativa a la estrategia prevista en la CEDAW y DEVAW que configuran la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. Por otro lado, configurar el daño específico que sufren las mujeres como contrario al artículo 3, aunque no sea como tortura, es importante para facilitar que las mujeres necesitadas de protección internacional sean reconocidas como beneficiarias de protección subsidiaria por cuanto experimentar trato contrario al artículo 3 es uno de los supuestos previstos, tanto en la legislación europea como en la legislación española de asilo, para que una mujer pueda ser reconocida como beneficiaria de protección subsidiaria. La existencia de jurisprudencia del TEDH calificando la violencia machista en pareja como tortura o como trato inhumano o degradante facilitaría el desarrollo de una interpretación de la legislación que regula los derechos de las personas refugiadas más favorable para el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Sin embargo, si el TEDH sigue incardinando la violencia machista en pareja dentro del

ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH, esta jurisprudencia, tendrá un menor impacto en la interpretación de la legislación que regula los derechos de las personas refugiadas. A diferencia del tratamiento dado por el TEDH a la violencia machista en pareja, el Comité de la CEDAW califica este tipo de violencia como discriminación y tiene menores dificultades que el TEDH para establecer la responsabilidad del Estado por no adoptar la diligencia debida en casos de violencia machista en pareja.

En cuanto al tratamiento dado por el TEDH a los casos de MGF, éste ha reconocido que la MGF es un trato contrario al artículo 3 en todas las ocasiones que ha abordado dicho tema, no existiendo ninguna referencia al artículo 8, a diferencia de lo que sucede con la violación llevada a cabo por un agente no estatal y con violencia machista en pareja. Sin embargo no precisa si considera dicho trato como tortura o como trato cruel, inhumano o degradante. El TEDH tiene menos reticencias a incardinar la MGF dentro del artículo 3 del CEDH que a la violación o a la violencia machista en pareja debido a que la MGF puede relacionarse con prácticas culturales atribuibles a culturas extranjeras, no occidentales. Sin embargo respecto de otros daños como la violación y la violencia machista en pareja que se dan en todas las sociedades, incluidas las occidentales, las reticencias para considerarlas contrarias al artículo 3 del CEDH son mayores.

Recapitulando las conclusiones hasta aquí expuestas, aunque una queja individual por discriminación basada en el sexo puede presentarse tanto ante el Comité de la CEDAW como ante el CDH o el TEDH, ya que tanto el PIDCP como el CEDH consagran el principio de no discriminación, reciben un tratamiento más favorable del Comité de la CEDAW que del CDH y del TEDH, y el derecho sustantivo aplicable puede también ser interpretado de un modo más favorable para las mujeres aplicando la CEDAW que el PIDCP o el CEDH. Por ejemplo, una reclamación ante el CDH o el TEDH puede tener más visos de prosperar si se plantea una cuestión clara de diferente tratamiento por razón de sexo o una discriminación de las mujeres producida por una práctica de una autoridad pública. Sin embargo el CDH y el TEDH tienen mayores dificultades para dar una respuesta a quejas que desafían la clásica distinción entre las esferas públicas y privadas y que buscan atribuir responsabilidad al Estado por

violaciones de derechos cometidas por agentes no estatales. Esto tiene implicaciones importantes ya que no debemos olvidar que las resoluciones del Comité de la CEDAW (y también las del CDH) no son de obligado cumplimiento para los Estados, es decir no son vinculantes, a diferencia de las resoluciones del TEDH que sí lo son. Por ello, si las mujeres recurren al Comité de la CEDAW pueden quedar privadas de mecanismos efectivos para obligar a los Estados a reparar la violación del derecho que sufren. Por otro lado, si en lugar de recurrir al Comité de la CEDAW, acuden al CDH o al TEDH, las violaciones de sus derechos humanos puede que no sea reconocida en los casos en que no se plantea una mera cuestión discriminatoria respecto de los hombres o cuando la violación de un derecho se produzca por parte de un agente no estatal.

Este menor reconocimiento de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres en organismos internacionales generales como el CDH y el TEDH, único organismo de protección de los derechos humanos cuyas resoluciones son vinculantes, demuestra la necesidad de transversalizar el género de modo efectivo en estos organismos y en la interpretación de los instrumentos internacionales por el cumplimiento de cuyos derechos velan. De lo contrario, las mujeres, aún cuando consigan obtener una resolución que declare la violación de sus derechos y que han sido discriminadas, carecen de mecanismos para obligar al Estado a reparar las violaciones de sus derechos humanos y, de este modo, el sistema de protección de los derechos humanos (internacional y regional), sigue discriminando a las mujeres pues les niega la misma protección frente a la ley que a los hombres.

Por lo tanto, en relación a la pregunta planteada por esta investigación, si el DIDH da una respuesta adecuada a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, sostengo que la respuesta es adecuada por parte de organismos de protección específicos de las mujeres pero deficiente por parte de organismos de protección generales.

2. Conclusiones segunda parte: Derecho Internacional de las Personas Refugiadas

Las reticencias de organismos internacionales de protección de derechos humanos generales a reconocer las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de sus derechos humanos por producirse muchos de los daños infligidos en

la esfera privada y por agentes no estatales, se reproduce en el DIPR en la falta de protección de las mujeres que solicitan asilo.

Cabe preguntarse si el hecho de que las mujeres no sean reconocidas en la misma medida que los varones como refugiadas es debido a que la CG no prevé expresamente la persecución por motivos de género. Estaríamos ante el dilema de determinar si las categorías ya existentes en la CG son suficientes para reconocer las experiencias de persecución femeninas o si, por el contrario, sería necesario incluir la persecución por motivos de género como un motivo autónomo.

En mi opinión, la incapacidad para reconocer y dar una respuesta adecuada a las peticiones de asilo no deriva del hecho de que la CG no prevea expresamente la persecución por motivos de género sino que se debe a que la CG ha sido y es mayoritariamente interpretada desde un punto de vista masculino, tomando como modelo la experiencia de los varones. Por lo tanto, no es necesario modificar la CG pero impera la necesidad de reinterpretar dicho instrumento desde una perspectiva de género para dar cabida a las experiencias de persecución de las mujeres y de otros grupos, y que no se imponga un punto de vista masculino que se quiera imponer como pretendidamente neutral tanto a hombres como mujeres. La reinterpretación de la CG desde una perspectiva de género implica utilizar métodos feministas de análisis, tener en cuenta el género y las experiencias de las mujeres como categorías de análisis y entender el *gender mainstreaming* como una forma de contribuir a la teoría feminista, realizando tareas propias del feminismo como sacar de la invisibilidad las experiencias de las mujeres y mostrar cómo un determinado sistema social o jurídico pone a las mujeres en desventaja o las convierte en invisibles.

En cuanto a cómo subsumir las peticiones de asilo que se realizan por motivos de género dentro de la CG, la posición dominante es que estas persecuciones pueden incardinarse dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Sin embargo, en mi opinión este modo de encajar las peticiones de asilo por motivos de género dentro de la CG no es el más adecuado. Considero que este tipo de persecuciones pueden encajar mejor dentro de las persecuciones por motivos políticos, ya sean reales o imputados. Frente a quienes sostienen que un enfoque que

favorezca el motivo de opinión política excluyendo el motivo de pertenencia a un determinado grupo social puede diluir las peticiones de asilo dentro de un enfoque androcéntrico, creo que este enfoque androcéntrico puede evitarse si interpretamos la CG teniendo en cuenta las herramientas analíticas propuestas en la primera parte de este trabajo (concepto de género, concepto de experiencia de las mujeres y métodos feministas) y si tenemos en cuenta la discriminación interseccional.

Los problemas de encaje del género dentro del DIPR se deben, en primer lugar a cómo se entiende el género. Al igual que sucede con el DIDH, el género se define como opuesto al sexo, es decir como una mera categoría descriptiva que, si bien distingue lo biológico de lo cultural, no sirve para explicar cómo se construye la diferencia entre los sexos ni las distintas formas que asumen las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Esta distinción no captura su naturaleza relacional, el rol de las relaciones de poder ni el modo en que las estructuras de subordinación se reproducen, eliminando la potencialidad analítica de la categoría género. Esta acepción tan limitada del género permite que algunos problemas que sufren las mujeres sean entendidos como el producto de una cultura particular, o se interprete que son debidos a la falta de participación de las mujeres en la esfera pública, o a la falta de información y de habilidades por parte de las mujeres, e invisibiliza el modo en que el género moldea el mundo. Requiere a las mujeres que cambien pero no a los hombres, dejando intactos, sin cuestionar los roles e identidades masculinas como si fueran naturales e inmutables.

En segundo lugar, otro de los problemas es la dicotomía público-privado al conceptualizar “lo político”. Esta dicotomía es inherente a la CG y desafiarla tiene grandes implicaciones para el reconocimiento de las experiencias de las mujeres solicitantes de asilo. Pese a que la definición de persona refugiada de la CG, teóricamente, no excluye la experiencia de las mujeres, en la práctica, la dicotomía público/privado es utilizada de tal manera que lo que las mujeres hacen o lo que se les hace es irrelevante para el DIPR. Desde este punto de vista, la política es percibida como terreno masculino y las actividades políticas de las mujeres han sido consideradas marginales, situadas en la periferia o inexistentes. Este modo de

entender “lo político” es problemático porque no tiene en cuenta el contexto en el que acontece la participación política o la resistencia de las mujeres y nos conduce a tener una idea errónea de la identidad política de las mujeres. En muchos contextos la resistencia política de las mujeres es menos formal que la de los hombres y tiene lugar en la esfera privada del hogar, vinculada con sus roles reproductivos.

En tercer y último lugar, nos encontramos las limitaciones procedimentales. Las personas que solicitan asilo tienen serias dificultades, tanto técnicas como psicológicas para presentar sus solicitudes y estas dificultades se intensifican en el caso de las mujeres porque los procedimientos legales han sido modelados sobre la presunción de que la persona que solicita protección internacional es un hombre políticamente activo perseguido por el Estado. El resultado es que en el procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada no se tiene en cuenta las experiencias de persecución de las mujeres, siendo éstas simplemente percibidas como seres dependientes.

En cuanto a los elementos integrantes de la definición de persona refugiada, y en relación con la persecución, el DIPR se interpreta tomando como paradigma la experiencia masculina. Por este motivo es más difícil que los daños infligidos a las mujeres, sufridos prototípicamente por éstas y producidos en la esfera doméstica por agentes no estatales, sean reconocidos como persecución (exigencia legal para reconocer a una persona como refugiada), o como tortura o trato inhumano o degradante (exigencia para reconocer a una persona como beneficiaria de protección subsidiaria). Aunque la CG no establece expresamente que la persecución debe llevarse a cabo por un agente estatal, muchos Estados así lo han interpretado dejando sin protección a mujeres que sufren violaciones de sus derechos humanos por parte de agentes no estatales como esposos, parejas, familiares o la comunidad. Pero, tal y como sostiene el ACNUR, para que se aplique la CG no es preciso que sea el Estado quien persiga a la persona refugiada por los motivos en ella descritos, sino que basta con que no proteja a la misma de persecuciones provenientes de otros grupos por alguno de los motivos previstos en la CG.

De igual modo, aunque la CG ni siquiera sugiere que el temor de ser perseguida debe extenderse a la totalidad del territorio del país de la persona que solicita asilo, se ha interpretado que si una persona es perseguida por un agente no estatal, puede ser posible la alternativa de huida interna a otra parte de país, mientras que si la persecución es estatal se presume que no hay alternativa de huida interna posible. Ello perjudica a las mujeres pues son éstas quienes mayoritariamente sufren persecución por parte de agentes no estatales.

Los cinco motivos de persecución previstos en la CG, raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas, han sido interpretados con un sesgo androcéntrico que dificulta el subsumir las experiencias de persecución de las mujeres en dichas categorías. Además existe una tendencia a despolitizar y personalizar las experiencias de persecución de las mujeres entendiéndolas como actos privados en lugar de entenderlas como persecución. De este modo la naturaleza violenta del acto se trivializa. Al despolitizar la intención del agente de persecución, a las mujeres les resulta más difícil probar que son perseguidas por un motivo de la CG, es decir, cumplir con el requisito del nexo causal.

En cuanto a los motivos concretos para solicitar asilo previstos en la CG, tanto con la persecución por raza como por nacionalidad, puede buscarse destruir la identidad o prosperidad de un grupo matando, mutilando o encarcelando a los hombres mientras que las mujeres pueden ser percibidas como propagadoras de la identidad por medio de su capacidad reproductora, y ser perseguidas de un modo diferente a los hombres, por ejemplo con violencia sexual o controlando su actividad reproductora, como por ejemplo sucedió en la guerra de Yugoslavia.

Una petición de asilo por motivos de género puede estar vinculada a motivos de nacionalidad en aquellos casos en los que la legislación nacional determina que una mujer pierde su nacionalidad cuando contrae matrimonio con un extranjero. El temor de persecución derivará, no del hecho mismo de perder la nacionalidad sino de las consecuencias que de dicha pérdida se pueden derivar.

En cuanto a la religión, en muchos países, las prácticas religiosas tienen importantes implicaciones en las relaciones de género aunque es imposible generalizar

ya que dependerá del contexto político, de cómo se interpreten por el Estado. Por ejemplo, el Islam y el cristianismo son interpretados por medio de leyes y normas sociales que regulan el comportamiento y que difieren mucho de un país a otro. El rol adjudicado a las mujeres puede ser atribuible a un requisito del Estado o de una religión oficial. Si una mujer no acata el rol o modelo de comportamiento impuesto a las mujeres, puede ser interpretado por el Estado o por el agente de persecución como una negativa a practicar determinadas creencias religiosas, o incluso como un intento de corromper a la sociedad, o como una amenaza al poder religioso.

Los motivos políticos se interpretan de un modo muy restrictivo considerando sólo como políticas las actividades centradas en la esfera pública y reconociendo pocas actividades llevadas a cabo por las mujeres en la esfera privada como políticas. Los motivos políticos, cuando son alegados por los hombres, son sin duda los menos disputados de los previstos en la CG porque implican una relación directa con el Estado. Esto viene reflejado por el hecho de que, en general, cuando se habla de asilo o refugio se utiliza la expresión “asilo político” o “refugiado político”, pese a que la CG prevé otros cuatro motivos de persecución. Así desde un análisis masculino de lo político se sostiene que las mujeres participan menos en política que los hombres, que la política es “más natural” para hombres y que las mujeres están más interesadas por temas morales o sociales. Si las mujeres son políticamente activas, su actividad es menos “auténtica” que la de los hombres y está basada en una comprensión de lo político carente de todo grado de sofisticación. Siguiendo con este razonamiento masculino, dado que es menos frecuente que las mujeres participen o se impliquen en política, el concepto de opinión política de la CG será poco probable que sea el principal motivo por el que las mujeres van a ser perseguidas. Sin embargo, un análisis feminista de las relaciones entre género y la política sugiere que, pese a que no se puede ignorar que existen diferencias entre hombres y mujeres en relación con la participación política, estas diferencias no deben ser exageradas ni basarse en estereotipos sin ninguna base empírica. Las diferencias entre hombres y mujeres han sido exageradas con la presunción de que el “entorno político” (partidos políticos, sindicatos, etc.) es neutro al género. Sin embargo el entorno político es menos receptivo a las mujeres que a los hombres y, por esta razón, el perfil político de las

mujeres puede ser diferente al de los hombres. La marginación de un determinado grupo de la política no es un simple reflejo de la posición social o de las innatas habilidades de dicho grupo para dedicarse a la política sino que tiene que ver con la distribución de roles, de estatus y de poder, así como de la definición misma de lo político.

La pertenencia a un determinado grupo social resulta problemática por varias razones. En algunos casos, a) no se admite que el grupo social sea un grupo extenso, interpretación que impediría reconocer a un grupo social como el de “mujeres en Pakistán”; b) la características común que une al grupo social no puede ser sólo la persecución sufrida. De este modo se interpreta que un grupo de mujeres víctimas de violencia machista en pareja no es un grupo social porque la única característica que las une es ser víctimas de dicho tipo de violencia, en lugar de considerar que, además de dicha característica, comparten otras como el ser mujeres, estar en pareja, sufrir este tipo de violencia y resistirse a seguir sufriendola; c) la jurisprudencia que interpreta la categoría grupo social ha ido evolucionando y exigiendo cada vez más requisitos que vienen a dificultar la configuración de los grupos sociales, pasando de exigir el compartir una característica común, natural o innata o fundamental para la identidad, o ser percibido socialmente como grupo social, a exigir ambos enfoques de manera simultánea; d) todas las definiciones de grupo social parten de un concepto de sexo como una característica innata e inmutable lo que resulta especialmente problemático en las peticiones de asilo que realizan personas transexuales.

Respecto al tratamiento dado por los tribunales de Estados Unidos y españoles a los diferentes tipos de violencia sufrida por las mujeres, en concreto a la violación, en ambas jurisdicciones se ha reconocido que la violación constituye persecución si es llevada a cabo por un agente estatal. Al igual que sucede con el DIDH, reconocer la violación como persecución si es realizada por un agente no estatal es más difícil. En EEUU se ha reconocido la violación como una persecución por imputación de motivos políticos y en España como una persecución por pertenencia a un determinado grupo social. La calificación de la violación como persecución se ha traducido en el reconocimiento de las mujeres que la sufrieron como refugiadas en EEUU pero no en

España, ya que la jurisprudencia española existente al respecto resuelve recursos contra la inadmisión a trámite de peticiones de asilo y no recursos interpuestos contra la denegación del derecho de asilo y de la condición de refugiada, es decir, se trata de sentencias que obligan a la OAR a admitir las peticiones de asilo a trámite y seguir con la instrucción del expediente administrativo de asilo, pero la resolución final puede conceder o denegar el derecho de asilo y la condición de persona refugiada por otras razones.

Tanto en la jurisdicción norteamericana como en la española se ha reconocido a la MGF como persecución con el consiguiente reconocimiento del derecho de asilo y la condición de refugiada a mujeres que experimentaron dicha práctica, lo que implica un paso muy positivo al reconocerse esta práctica como persecución pese a su naturaleza privada y no gubernamental. En EEUU la MGF ha sido considerada tanto como persecución por pertenencia a un determinado grupo social como persecución por motivos políticos, ya sean reales o imputados. Sin embargo en España la MGF se incardina dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Otras diferencias existentes en el tratamiento dado a la MGF entre las dos jurisdicciones estudiadas son las siguientes: a) a diferencia de lo que acontece en Estados Unidos, en España sólo se ha debatido sobre la MGF como persecución por pertenencia a un determinado grupo social, pero no sobre cómo se concretan estos grupos sociales. Por lo general, esto sucede, no sólo con la MGF sino con todas las formas de violencia; y b) que la jurisprudencia en Estados Unidos es mucho más avanzada al plantearse cuestiones como la MGF como persecución pasada, presente y futura, peticiones de asilo realizadas por padres ante el temor de que sus hijas sean mutiladas, supuestos en los que las mujeres no sometidas a dicha práctica son discriminadas en el acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales etc., cuestiones no abordadas todavía por la jurisprudencia en España.

Tanto en la jurisprudencia de Estados Unidos como en la española se reconoce la orientación e identidad sexual como una característica que puede configurar un grupo social a los efectos de ser reconocida como persona refugiada y, en ambos países, se han reconocido a personas refugiadas por este motivo. En ambos casos las peticiones

de asilo se han subsumido en pertenencia a un determinado grupo social y no como persecución por motivos políticos. El número de peticiones de asilo realizadas por hombres homosexuales es superior al número de peticiones de asilo realizadas por mujeres lesbianas ya que para éstas es más difícil abandonar su propio país y acceder al procedimiento de asilo.

Respecto de la trata de mujeres para su explotación sexual existe una tendencia a denegar el derecho de asilo y la condición de persona refugiada a mujeres víctimas de trata para la explotación sexual por parte de los tribunales por considerar la trata como una conducta criminal y no como persecución. Estados Unidos ha reconocido la condición de refugiada a mujeres víctimas de trata para la explotación sexual subsumiendo dicha persecución en la categoría de pertenencia a un determinado grupo social. En España, en octubre de 2013, se dictó la primera resolución por la que el Ministerio de Interior reconoce a una mujer víctima de trata para la explotación sexual como refugiada. Dado que dicha resolución no es pública, la única información de la que se dispone es la que apareció en los medios de comunicación, lo que nos impide saber si el motivo por el que se le concedió asilo fue por pertenencia a un determinado grupo social.

El matrimonio forzoso es reconocido como persecución tanto en EEUU como en España, existiendo jurisprudencia que reconoce como refugiadas a mujeres que huyeron para no ser sometidas a un matrimonio forzoso. En ambas jurisdicciones dicha forma de persecución se subsume en el motivo de pertenencia a un determinado grupo social.

Respecto a la violencia machista en pareja, ambas jurisdicciones han reconocido que este tipo de violencia puede constituir persecución y se ha reconocido el derecho de asilo y la condición de refugiadas a mujeres por sufrir dicho tipo de violencia. En EEUU se ha reconocido la violencia machista en pareja tanto como persecución por pertenencia a un determinado grupo social como una persecución por motivos políticos, mientras que en España la violencia machista en pareja siempre se ha configurado como una persecución por pertenencia a un determinado grupo social. El reconocimiento de la violencia machista en pareja, tanto en EEUU como en España, ha

sido posterior al reconocimiento de la MGF como persecución debido a que las formas de daños etnocéntricas se subordinan a formas de daño exóticas, tanto en el DIPR como en el DIDH.

Por último respecto a la esterilización forzosa, en EEUU se ha reconocido este tipo de violencia como persecución tanto por pertenencia a un determinado grupo social como por motivos políticos. No me resulta posible compararlo con el tratamiento dado en España porque no he encontrado casos de esterilización forzosa en los que se haya solicitado asilo.

Si los diferentes tipos de violencia analizados como persecución se califican como contrarios a la prohibición de tortura o trato inhumano o degradante legitiman el reconocimiento del estatuto de protección subsidiaria en lugar del reconocimiento del estatuto de persona refugiada. La legislación europea, en concreto la Directiva 2011/95 de reconocimiento, permite a los Estados atribuir menos derechos al estatuto de protección subsidiaria que al estatuto de persona refugiada. En España, hasta la entrada en vigor de la ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, las peticiones de asilo de mujeres perseguidas por motivos de género se canalizaban mayoritariamente por la vía de la protección subsidiaria. Ello discriminaba a las mujeres necesitadas de protección internacional por cuanto dicho estatuto implicaba un menor reconocimiento de derechos que el estatuto de refugiada. Tras la promulgación de la ley 12/2009, de 30 de octubre, ambos estatutos están prácticamente equiparados y por tanto este problema ya no se produce en España. Sin embargo, en otros países europeos, si aplican la Directiva 2011/95 de reconocimiento y no aplican estándares más favorables como ha hecho España, canalizar las peticiones de asilo de las mujeres perseguidas por motivos de género en mayor número que las peticiones de asilo realizadas por los hombres por la vía de la protección subsidiaria seguirá discriminado a las mujeres.

Tras todo lo expuesto y contestando a la pregunta planteada al principio de esta segunda parte de la investigación, esto es, ¿por qué las mujeres no se benefician en la misma medida que los hombres de la protección disponible en la CG?, la respuesta es porque el DIPR privilegia las actividades masculinas ejercidas en el ámbito público

frente a las actividades femeninas desarrolladas en el ámbito privado y, de este modo, el criterio determinante para que una persona sea reconocida como refugiada es su vinculación con la esfera pública masculina. Así que, pese a la pretensión de neutralidad de género de la definición de persona refugiada de la CG, la legislación se ha desarrollado desde un paradigma masculino que refleja la experiencia masculina y que no responde a las particulares necesidades de protección femeninas ni a sus experiencias de persecución y, por esta razón, las mujeres ven rechazadas sus peticiones de asilo en mayor medida que los hombres.

IX. PROPUESTAS PARA LA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS

Para interpretar el DIDH y el DIPR de una manera inclusiva que facilite el reconocimiento de las violaciones de los derechos de las mujeres como violaciones de derechos humanos y la necesidad de protección internacional de las mujeres, se formulan las siguientes propuestas:

1. Partir del concepto de género como categoría analítica, entendiendo éste como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y como una forma primaria de relaciones de poder (Scott, 1990).
2. Utilizar tanto la categoría analítica de género como la de experiencia de las mujeres (Mohanty, 2003), como categorías que operan en intersecciones constantes. Por medio del término experiencia visibilizamos cómo, en un determinado momento histórico, actúa el género cuando se combina con otros factores de exclusión como la raza, la situación socioeconómica, la edad, la orientación sexual, etc. De este modo la noción de “experiencias” nos permite abordar tipos particulares de subordinación.
3. Adoptar métodos feministas (Bartlett, 1990) para analizar el DIDH y el DIPR para que diferencias asociadas con las mujeres u otros colectivos tradicionalmente excluidos no se den por supuestas, sean examinadas y no sirvan de justificación de leyes o de interpretaciones que perjudican a las mujeres.

4. Para superar las limitaciones de la estructura institucional actual del DIDH es necesario: a) tanto que el mainstream preste una mayor atención a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, como que se fortalezcan las instituciones especializadas de derechos específicos de las mujeres, esto es, que estos organismos dispongan de los mismos recursos que los organismos de protección de los derechos humanos generales y que sus mecanismos de protección tengan la misma efectividad. También es necesario que ambos organismos (generales y específicos) trabajen de manera coordinada; b) mayores esfuerzos por conseguir una mayor presencia de las mujeres en todos los órganos de protección de derechos humanos generales y que no sólo estén presentes en los organismos de protección de derechos humanos específicos de las mujeres como el Comité de la CEDAW.
5. Para superar las limitaciones de la estructura normativa-conceptual del DIDH, en relación con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación es necesario superar un principio de igualdad asimilacionista que reconoce derechos a las mujeres en la medida que sus pretensiones pueden reconducirse a la experiencia masculina, que sirve como paradigma y que es el actualmente presente en el DIDH y en el DIPR y, en su lugar, adoptar un principio de igualdad más compleja que dé cuenta de la consciencia múltiple identitaria de los individuos y ponga de manifiesto cómo el Derecho contribuye a la exclusión de personas que acumulan diversos factores de exclusión. Un concepto de igualdad que vaya más allá del paradigma discriminatorio hegemónico, que desplace la cuestión desde los individuos a los grupos por considerar que las injusticias se producen como consecuencia de las relaciones entre grupos, y que sea capaz de dar una respuesta más adecuada a situaciones socialmente injustas. Para ello se propone el concepto de discriminación grupal (Barrère, 1997).
6. Para superar las limitaciones de la estructura normativa-conceptual en relación con la transversalización del enfoque de género propongo adoptar la definición de transversalización propuesta por Mestre (2008: 26-27) en su triple dimensión como: a) un paradigma o enfoque para analizar la realidad y realizar propuestas

políticas; b) una estrategia integral para transformar la realidad institucional, la estructura y funcionamiento de las instituciones, su composición y los procesos de toma de decisiones; y c) una herramienta para implementar o incorporar el género de manera transversal en todas las políticas públicas e institucionales. Y que el *mainstream* se tome en serio la transversalización.

7. Para superar las limitaciones de la estructura normativa-conceptual del DIDH en relación con la dicotomía público-privado es necesario asumir la doctrina de las obligaciones positivas del Estado que le exigen adoptar la “diligencia debida” para acabar con todo tipo de violencia y discriminación contra las mujeres como un mecanismo de fundamental importancia para romper con la dicotomía público-privado y poder declarar responsable al Estado por violaciones de derechos humanos cometidos por un individuo contra otro, sin restringir la responsabilidad estatal a la acción directa del Estado. Constituye, por tanto, un mecanismo para reconocer la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos de las mujeres.
8. Para superar las limitaciones derivadas de la ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres y en relación con los obstáculos que impiden la aplicación efectiva de la CEDAW sería necesario: a) que dicho instrumento internacional fuese ratificado por todos los Estados; b) que disminuyese el número de Estados que incumplen su obligación de remitir informes al Comité sobre las medidas adoptadas para implementar dicha norma en el ámbito nacional; c) que se modificase el artículo 20.1 de la CEDAW para ampliar la duración del periodo de sesiones del Comité de la CEDAW; d) reducir el número de reservas que los Estados hacen a la CEDAW, sobre todo, aquellas que son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención. Dado que actualmente el Comité de la CEDAW no tiene poder ni mecanismos para determinar cuándo una reserva es incompatible con el objeto y propósito de la Convención, la comunidad internacional debería abordar la posibilidad de conferir al Comité dichos poderes y mecanismos.

9. Para superar las limitaciones derivadas de la ineficacia de los instrumentos y procedimientos de protección de los derechos humanos específicos de las mujeres y en relación con las reglas de procedimiento que limitan la aplicación efectiva del Protocolo Facultativo de la CEDAW es necesario: a) que un mayor número de estados ratifiquen dicho Protocolo; b) que disminuya el número de estados que no reconozcan la competencia del Comité para iniciar el procedimiento de investigación previsto en los artículos 8 y 9 de dicha norma; c) formar a abogadas, abogados y al personal de organizaciones no gubernamentales que se dediquen a la defensa de los derechos humanos de las mujeres sobre derechos humanos de las mujeres y los mecanismos de protección disponibles, tanto en el sistema de Naciones Unidas como los ámbitos regionales; y d) dado que la decisiones del Comité de la CEDAW no son vinculantes, es absolutamente imprescindible transversalizar el género de modo efectivo en los organismos de protección de derechos humanos generales cuyas decisiones sí son vinculantes, como las del TEDH ya que, en caso contrario, las mujeres aún cuando consigan obtener una resolución que declare la violación de sus derechos y que reconozca que han sido discriminadas, carecen de cualquier mecanismo para obligar al Estado a reparar las violaciones de sus derechos humanos y, de este modo, el sistema de protección de los derechos humanos (internacional o regional), sigue discriminando a las mujeres pues les niega la misma protección frente a la ley que a los hombres.
10. Para interpretar el concepto de persecución de un modo que dé cabida a los daños prototípicamente sufrido por las mujeres, propongo adoptar el concepto de persecución de Hathaway (1991) como la prolongada y sistemática violación de derechos humanos básicos más la ausencia de protección del Estado. Es decir, definir la persecución desde un enfoque de derechos humanos, lo que a su vez implica superar el sesgo androcéntrico del DIDH y, por lo tanto, reconceptualizar las violaciones de derechos humanos para incluir aquello que tradicionalmente ha sido considerado privado.

11. Para acreditar la ausencia de protección estatal cuando el daño es infligido por un agente no estatal debe superarse la dicotomía público-privado adoptando la *teoría de la protección interna* frente a la *teoría de la responsabilidad*, para poder declarar a un Estado responsable por no proporcionar la protección debida a las personas que están bajo su jurisdicción cuando no pueda o sea incapaz de protegerlas y no sólo cuando el Estado tolere o condone un daño grave. De este modo el Estado es responsable de no proporcionar protección aunque el daño sea causado por un agente no estatal.
12. Dado que en todas las peticiones de asilo basadas en una persecución por un agente no estatal es necesario analizar si existe una alternativa de huida interna dentro del país del que se ha huido, es necesario tener en cuenta las implicaciones de género que pueda tener el considerar otra parte del país segura para la solicitante.
13. Para superar las dificultades que entraña demostrar que la persecución se produce por uno de los motivos previstos en la CG y que no se produce por un motivo personal, cultural o debido a una tradición determinada, es necesario adoptar lo que el ACNUR denomina el *enfoque bifurcado*, esto es que en situaciones en las que exista un riesgo de ser perseguido por un agente no estatal (por ejemplo cónyuge, compañero u otros) por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención, se establece el nexo causal, independientemente de que la ausencia de protección por parte del Estado guarde o no relación con la Convención. Asimismo, cuando el riesgo de ser perseguido por 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, el nexo causal también se establece.
14. Los cinco motivos previstos en la CG, raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas deben ser interpretados desde una perspectiva de género, es decir, utilizando el concepto de género y el de experiencia de las mujeres como categorías analíticas y métodos feministas de análisis.

15. Es necesario reconceptualizar “lo político” para dar cabida a formas de participación política menos convencionales en las que pueden estar implicadas las mujeres, participación políticas que, en muchos casos, estará vinculada con los roles de género asignados social y culturalmente a las mujeres y no limitar “lo político” a las esfera pública-gubernamental, a la “política convencional”.
16. Para facilitar el reconocimiento de las mujeres como refugiadas subsumiendo sus peticiones de asilo dentro de la categoría de pertenencia a un determinado grupo social, mi propuesta es adoptar la definición de grupo social de Young (1994), quien considera que un grupo social no se define primariamente por un conjunto de atributos compartidos sino por un sentido de identidad de las personas que lo integran. Es decir, que habría que partir de la definición que el ACNUR da de grupo social pero poniendo más énfasis en las características que se comparten por ser fundamentales para la identidad y no tanto en las características que se comparten por ser naturales e inmutables. Recordemos que el ACNUR define un grupo social como “un grupo de personas que comparte 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”. Definiendo el grupo social por un sentido de la identidad de las personas que lo integran, no es necesario partir del sexo como una característica natural o innata, ni es necesario recurrir a la *teoría de la inmutabilidad débil* en el caso de peticiones de asilo de personas transexuales.
17. Es preciso que no se use la vía de la protección subsidiaria para subsumir en dicha categoría la mayor parte de peticiones de asilo que realicen las mujeres perseguidas por motivos de género y que sólo se utilice dicha forma cuando los daños infligidos a las mujeres no puedan realmente ser calificados como persecución y sí como un trato contrario a la prohibición de tortura o trato inhumano o degradante.
18. En relación con las normas de procedimiento es necesario tener en cuenta el concepto de género y el de experiencia de las mujeres como categorías de

análisis y aplicar métodos feministas de análisis superando determinadas suposiciones como que el hecho de que no exista información sobre violaciones de derechos humanos de las mujeres en un país determinado signifique que no se produzcan dichas violaciones; que las mujeres que solicitan asilo junto sus esposos lo solicitan por el mismo motivo que éstos, o que si no se solicita asilo desde el momento inicial se reste credibilidad al testimonio de las mujeres.

19. Independientemente de que todos los tipos de violencia abordados en este estudio (violación, MGF, persecución por orientación e identidad sexual, trata de mujeres para la explotación sexual, matrimonio forzado, violencia machista en pareja y esterilización forzada) puedan ser reconocidos como persecución, y subsumirse dentro de la categoría de pertenencia a un determinado grupo social, mi propuesta es que todas estas formas de violencia puedan ser interpretadas como persecuciones por motivos políticos ya que en todos los casos puede entenderse que las personas que se oponen y resisten dichas formas de violencia están desafiando el control que se ejerce sobre las mujeres y otras personas tradicionalmente excluidas. Una persona que se opone a cualquiera de estos tipos de violencia, que se opone a legislación que la discrimina o que expresa opiniones de independencia frente a normas sociales o la cultura dominante puede interpretarse que es perseguida por una opinión política, ya sea real o imputada: creer en la igualdad de hombres y mujeres y de todos los seres humanos. Es decir, la oposición a formas de opresión institucionalizadas. Por último, y en consecuencia, considero que no es necesario modificar la CG para introducir el “género” como un sexto motivo, sino que hay que reinterpretar la CG desde una perspectiva de género.

Todas estas propuestas de reconceptualización del DIDH y del DIPR pretenden sacar de la invisibilidad a las mujeres, que se reconozcan sus experiencias de persecución y, de este modo, facilitar el reconocimiento de las vulneraciones de sus derechos humanos y el acceso al derecho de asilo y la condición de refugiadas o de beneficiarias de protección subsidiaria.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN, Carmen (2006): *Feminismo y conocimiento, De la experiencia de las mujeres al cibernético*, La Coruña, Editorial Espiral Ensayo.

ADJIN-TETTEY, Elizabeth (1997): «Failure of State Protection within the Context of the Convention Refugee Regime with Particular Reference to Gender-Related Persecution», *Journal of International Legal Studies*, vol. 3, pp. 53-85.

AGGER, Inger (1992): *The Blue Room: Trauma and Testimony among Refugee Women*, Londres, Zed Books.

ALIASKARI, Mahsa (2000): «U.S. Applied to Battered Women Fleeing Islamic Countries», *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 8, pp. 231-282.

AMORÓS, Celia (2000): *Feminismos y Filosofía*, Madrid, Síntesis, S.A.

ANKER, Deborah (2001): «Refugee Status and Violence against Women in the Domestic Sphere: The Non-State Actor Question», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, pp. 391-402.

AÑÓN, María José (2009): «¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», en María Belén Cardona Rubert (coord.): *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete, Bomarzo, pp. 11-38.

- (2001): «Igualdad y Diferencia a propósito de las mujeres», en María José Añón: *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, México, Fontamara, pp. 15-82.

ARENAS HIDALGO, Nuria (2009): «La obtención del estatuto de refugiada en Occidente. La persecución por motivos relacionados con el género en la normativa de asilo de la Europa comunitaria», en Mar Gallego Durán (coord.), Rosa García Gutierrez y Rosa Giles Carnero (eds.): *Género, Ciudadanía y Globalización*, Vol.I, Sevilla, Alfar, S.A., pp. 97-117.

-(2005): «Mujeres Refugiadas: Entre el silencio jurídico y la aplicación de las perspectivas de género», en Mar Gallego Durán y Rosa García Gutierrez (eds.): *El Legado Plural de las Mujeres*, Sevilla, Alfar, S.A., pp. 76-116.

ARENDRT Hannah (1973): *The Origins of Totalitarianism*, Nueva York, Harcourt Inc.

BARTLETT, Katharine T. (1990): «Feminist Legal Methods», en Khaterina T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, pp. 370-403.

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2013) «Versiones de la Democracia, Feminismos y política radical», en Ruth Mestre y Yanira Zúñiga (Coords.): *Democracia y participación política de las mujeres, Visiones desde Europa y América Latina*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 45-80.

- (2008): «Iusfeminismo y Derecho Antidiscriminatorio: Hacia la Igualdad por la Discriminación», en Ruth Mestre (coord.): *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp. 45-71.
- (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- (1992): «Feminismos y Garantismos: ¿Una teoría del derecho feminista?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IX, pp. 71-90.

BEAUVOIR, Simone de (1999): *El Segundo Sexo*, Madrid, Cátedra. (1ª edición 1949).

BELL HOOKS (1987): «Feminism: a Movement to End Sexist Oppression», en Anne Phillips (eds.): *Feminism and equality*, Nueva York, New York University Press, pp. 62-76.

BELTRÁN, Elena (2008): «La Construcción de la igualdad constitucional: nuevos desafíos», en Ruth Mestre (coord.): *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 221 a 238.

- (1994): «Público y Privado (Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político)», *Doxa*, 15-16, pp. 389-405.

BENHABIB, Seyla (2004): *Los derechos de los otros, Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa.

- (1987): «The Generalized and the Concrete Other. The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory», en Seyla Benhabib y Drucila Cornell (eds.): *Feminist as Critique*, Minneapolis, University of Minnesota Press, pp. 77-95.

BESSON, Samantha (2008): «Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet? », *Human Rights Law Review*, vol. 8/ 4, pp. 647– 682.

BHABHA, Jacqueline (2004): «Demography and Rights: Women, Children and Access to Asylum», *International Journal of Refugee Law*, vol. 16/ 2, pp. 227-243.

BISSLAND, Julie y LAWAND, Kathleen (1997): «Report of the UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution», *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, pp. 13-31.

BOBBIO, Norberto (1993): *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Paidós.

BOOKEY, Blaine (2012): «Domestic Violence as a Basis for Asylum: An Analysis of 206 Cases Outcomes in the United States from 1994 to 2012», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 24/1, pp. 107-148.

BUNCH, Charlotte (1995): «Transforming Human Rights from a Feminist Perspective», en Julie Peters y Andrea Wolper (eds.): *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York, Routledge, pp. 11-18.

BUQUICCHIO DE BOER, Maud (1985): «Sexual Discrimination and the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Journal*, vol. 6, pp. 1 – 16.

BURROWS, Noreen (1986): «*International Law and Human Rights: The Case of Women's Rights*», en T. Campbell (ed.): *Human Rights: from Rhetoric to Reality*, Nueva York, Blackwell, pp. 93-95.

BUTLER, Judith (1990): *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York-Londres, Routledge.

BYRNES, Andrew (1994): «Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the use of International Human Rights Law and Procedures», en Rebecca Cook (ed.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 189 – 227.

- (1992): «Women, Feminism and International Human Rights Law- Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation: Some current Issues», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, pp. 205- 215.

CAMPILLO, Neus (2003): «Ontología y diferencia de los sexos», en Silvia Tubert (ed.): *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Madrid, Cátedra, pp. 83 – 120.

CASTEL, Jacqueline (1992): «Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution», *International Journal of Refugee Law*, vol. 4/1, pp. 39-56.

CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny (2001): «Los Derechos de las personas en situación vulnerable: Mujeres, niños, inmigrantes», en Antonio Blanc Altemir (ed.): *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos, pp. 297- 329.

CEAR (2013): *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2013*, Madrid, Los libros de la Catarata.

CHARLESWORTH, Hilary (2004): *Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations*. Artículo basado en una presentación realizada en conferencia conmemorativa del 20º aniversario del programa de Derechos Humanos de la Harvard Law School, realizado el 16 de octubre del 2004.

- (1999): «Feminist Methods in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 93, pp. 379 – 394.

- (1995): «Human Rights as Men's Rights», en Julie Peters y Andrea Wolper (ed.): *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York. Routledge, pp. 103-114.
- (1994): «What are 'Women's International Human Rights'?»», en Rebecca COOK (ed.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 58 – 84.

CHARLESWORTH, Hilary y Christine CHINKIN (1993): «The Gender of the *Ius Cogens*», *Human Rights Quarterly*, vol. 15, pp. 63 – 76.

CHARLESWORTH, Hilary, Christine CHINKIN y Shelley WRIGHT (1992): «Feminist Approaches to International Law», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 85, pp. 613-645.

CHEIKH ALI, Hana, QUERTON, Christel y SOULARD, Elodie (2012): *Gender-related Asylum Claims in Europe, A comparative analysis of Law Policies and Practice on Women in Nine EU Members States*.

CIPRIANI, Linda (1993): «Protecting Women under International Refugee Law», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 7, pp. 511- 548.

CLAVERA, Isabel María (2005): «El Asilo en la Unión Europea», en Enrique Linde Paniagua y José Antonio Moreno Díaz (directores): *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Madrid, Colex.

COHEN, Beatriz (2000): «El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate», en Birgin Haydée (ed.): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Biblos, pp. 73 – 105.

CONNORS, Jane (1997): «Legal Aspects of Women as a Particular Social Group», *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, pp. 114-128.

COOMARASWAMY, Radhika y KOIS, Lisa M. (1998): «Violence against Women», en Kelly D. Askin y Dorean M. Koenig (eds.): *Women and International Human Rights Law*, vol. 1, Ardsley Nueva York, Transnational Publisher, Inc, pp. 177 – 217.

- (1994): «To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights», en Rebecca Cook (ed.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 39 – 57.

COOK, Rebecca (1994a): «State Responsibility for Violations of Women's Human Rights», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 7, pp. 125-175.

- (1994b): «State Accountability under the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women», en Rebecca Cook (ed.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 228 – 256.

- (1990): «Reservation to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, pp. 643 -716.

COPELON, Rhonda (1994a): «Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture», en Rebecca Cook (ed.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 116 – 152.

- (1994b): «Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 25, pp. 291 - 361.

CRAWLEY, Heaven (2001): *Refugees and Gender, Law and Process*, Bristol, Jordan.

CRENSHAW, Kimberlé (1989): «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics», en Katharine T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, pp. 57 – 80.

DAUGHERTY, Michael (2003): «The Ninth Circuit, The BIA and de INS: The Shifting State of the Particular Social Group Definition in the Ninth Circuit and its impact on Pending and Futures Cases», *Brandeis Law Journal*, vol. 41, pp. 631-658.

DE LUCAS, Javier (2009): *La crisis y la política de inmigración y asilo. Tiempos (más) difíciles*, Página abierta, 201, marzo-abril de 2009.

- (2008): «Sobre integración y multiculturalidad. Laberintos semánticos y voluntad política» en *La situación de los refugiados en España. Informe 2008*, Madrid, Entimena, pp. 173- 181.

DOMINGO PÉREZ, Concepción y VIRUELA MARTÍNEZ, Rafael (1998): «Mujer y economía irregular», *Asparkía*, vol. 9, pp. 121-137.

DOWD, Siobhan (1995): «Women and the Word: The Silencing of The Femenine», en Julie Peters y Andrea Wolper (eds.): *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York, Routledge, pp. 317-323.

EINARSEN, T. (1990): «The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 2, pp. 361-389.

ENGLE, Karen (1992): «Female Subject of Public International Law: Human Rights and the Exotic», *New England Law Review*, vol. 26, pp. 1509 – 1526.

ENLOE, Cynthia (2000): *Bananas, Beaches and Bases, Making Feminist Sense of International Politics*, Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press.

FARBEY, Judith (2002): «Domestic Violence: A Human Rights Framework for Practitioners», *Human Rights*, Diciembre, pp. 213 – 218.

FARREL, Mary. (1998): «El Silencio en la Comunicación Humana», *Dossiers Feministes*, vol. 3, pp. 11-21.

FERNÁNDEZ BESSA, Cristina (2008): «Los límites del control», en *Fontera Sur, Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Barcelona, Editorial Virus, pp. 7-13.

FERRAJOLI, Luigi (1999): «Igualdad y diferencia», en *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, pp. 73-96.

FINLEY, Lucinda M. (1989): «Breaking Women's Silence in Law: The dilemma of the gendered nature of legal reasoning», *Notre Dame Law Review*, vol. 64, pp. 886 – 909.

FOLKELIUS, Kristina y NOLL Gregor (1998): «Affirmative exclusión? Sex, Gender, Persecution and the Reformed Swedish Aliens Acts», *International Journal of Refugee Law*, vol. 10/4, pp. 607-636.

FRASER, Nancy (1996): «Gender Equality and the Welfare State: A Postindustrial Thought Experiment», en Seyla Benhabib (eds.): *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, pp. 218-241.

FRASER, Nancy y Linda NICHOLSON (1990): «Social criticism without philosophy: an encounter between Feminism and Postmodernism», en Linda Nicholson (eds.): *Feminism and Postmodernisms*, Nueva York-Londres, Routledge, pp. 19-38.

FRIES, Lorena y MATUS, Lorena (1999): *El Derecho. Trama y conjura patriarcal*, Santiago de Chile, LOM Ediciones/La Morada.

FULLERTON, Maryellen (1993): «A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution due to Membership in a Particular Social Group», en *Cornell International Law Journal*, vol. 26, pp. 505 - 563.

GALLAGHER, Anna (2004): «Triply exploited: Female Victims of Trafficking Networks-Strategies for Pursuing Protection and Legal Status in Countries of Destination», *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19/1, pp 99-123.

GARCÍA AÑÓN, José (2009): *Prevention and enforcement of Female Genital Mutilation Legislation in Spain: some proposals on Penal Law, Asylum Law and Protocols of prevention*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València, Online: <http://www.uv.es/garciaj/pub/2009mgf.pdf>

GARCÍA PASCUAL, Cristina (2007): «Cuestiones de vida y muerte, los dilemas éticos del aborto», *Derechos y Libertades*, Nº 16, pp. 181-209.

GARCÍA ROCA, Javier (2007): «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 20, pp. 117-143.

GARRIDO, Diego (1991): *El Derecho de Asilo*, Madrid, Editorial Trotta, S.A.

GILLESPIE, Sharyn (2003): «Terror in the Home: The Failure of US Asylum Law to Protect Battered Women and a Proposal to Right the Wrong of In R-A», *George Washington Law Review*, vol. 71, pp. 131-158.

GILLIGAN, Carole (1982): *In a different voice*, Cambridge, Harvard University Press.

GOLDBERG, Suzanne (1993): «Give Me Liberty or Give Me Death: Political Asylum and the Global Persecution of Lesbian and Gay Men», *Cornell International Law Journal*, vol. 26, pp. 606-623.

GÓMEZ ISA, Felipe (2003): «La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo», en Felipe Gómez Isa (Dir.): *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad Deusto, pp. 279-308.

GOODWIN-GILL Guy S. (1996): *The Refugee in the International Law*, Oxford, Clarendon.

GORTAZAR ROTAECHE, Cristina (1997): *Derecho de Asilo y "No Rechazo" del Refugiado*, Comillas, Dykinson.

GREATBATCH, Jacqueline (1989): «The Gender Difference: Critiques of Refugee Discourse», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1/ 4, pp. 518-527.

GUNNING, Isabelle (1991): «Arrogant Perception, World-Travelling and Multicultural Feminism: The case of Female Genital Surgeries», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 23, pp. 189-200.

HARAWAY, Dora (1988): «Situated knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Accounts of Perspective», *Feminist Studies*, vol. 14, pp. 575-599.

HARDING, Sandra (1996): *Ciencia y Feminismo*, Madrid, Ediciones Morata, S.L.

HARRIS, Angela P. (1990): «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», en Katharine T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, pp. 235-262.

HARTSOUGH, Tala (2002): «Asylum for Trafficked Women: Escape Strategies Beyond the T Visa», *Hastings Women's Law Journal*, vol. 13, pp. 77-116.

HATHAWAY, James (1991): *The law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths.

HATHAWAY, James y FOSTER, Michelle (2001): «Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination», *Background Paper for the Global Consultations on International Protection*, Expert Panel, UNHCR, San Remo, 6-8 de septiembre de 2001.

HELTON, Arthur y NICOLL, Alison (1997): «Female Genital Mutilation as a Ground for Asylum in the United States: The recent case of In Re Kasinga and Prospects for more Gender Sensitive Approaches», *Colombia Human Rights Law Review*, vol. 28, pp. 375-392.

HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalba Aída (2002): «Feminismos poscoloniales: reflexiones desde el sur de Río Bravo», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 75- 113.

HEYMAN, Michael (2005): «Asylum, Social Group Membership and the Non-State Actor: The Challenge of Domestic Violence», *University of Michigan Journal of Law Review*, vol. 36, pp. 767-814.

HINSHELWOOD, Gill (1997): «Interviewing Female Asylum Seekers», *International Journal of Refugee Law*, Especial Issue, pp. 159-164.

HOLT, Renee (1991): «Women's Rights and International Law: The Struggle for Recognition and Enforcement», *Columbia University School of Law*, vol. 1, pp. 117 – 141.

HUGHES, Pádraig (2011): «Recent Developments in European Convention on Human Rights Standards on the Prevention of Domestic Violence», *Interights Bulletin*, vol. 16/3, pp. 113-115.

INDRA, Doreen Marie (1989): «Ethnic human rights and gender differences: gender implications for refugees studies and practice», *Journal of Refugees Studies*, vol. 2/2, pp. 221-242.

JONES, Kathleen B. y JONASDOTTIR, Anna G. (1988): *The Political Interest of Gender, Developing Theory and Research with a Feminist Face*, Londres, Sage.

JULIANO, Dolores (2004): *Excluidas y Marginales*, Madrid, Cátedra.

KELLEY, Ninette (2002): «The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress», *International Journal of Refugee Law*, vol. 14/4, pp. 559-568.

KELLY, Nancy (1994): «Guidelines for Women's asylum claims», *International Journal of Refugee Law*, vol. 13/4, pp. 517-534.

- (1993): «Gender-related persecution: assessing the asylum claims of women», *Cornell International Law Journal*, vol. 26/3, pp. 625-674.

KENNADY, Marian (1998): «Gender-Related Persecution and the Adjudication of Asylum Claims: Is a Sixth Category Needed?», *Florida Journal of International Law*, vol. 12, pp. 317-340.

KIM, Nancy (1993): «Toward a Feminist Theory of Human Rights: Straddling the Fence between Western Imperialism and Uncritical Absolutism», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 25, pp 49-105.

KNEEBONE, Susan (2005): «Women within the Refugee Construct: 'Exclusionary Inclusion' in the Policy and Practice Australian», *International Journal Refugee Law*, vol. 17/1, pp. 7- 42.

KNIGHT, Stephen (2007): «Asylum from Trafficking: a Failure of Protection», *Immigration Briefings*, vol. 7/7, pp. 1- 19.

- (2003): «Reflections on Khawar: Recognizing the Refugee from Family Violence», *Hasting Women's Law Journal*, vol. 14, pp. 27-46.

LACEY, Nicola (2004): «Feminist Legal Theory and the Rights of Women», en Karen Knop (eds.): *Gender and Human Rights*, Oxford, University Press, pp. 13 – 55.

LAGARDE, Marcela (1996): *Género y Feminismo*, Madrid, Horas y Horas.

LANDAU, Joseph (2005): «'Soft Immutability' and 'Imputed Gay Identity': Recent Developments in Transgender and Sexual-Orientation-Based Asylum Law», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 32, pp. 237- 263.

LAURETIS, Teresa de (2000): *Diferencias. Etapas de un camino a través del Feminismo*, Madrid, Horas y Horas.

LITTLETON, Christine (1987): «Reconstructing Sexual Equality», en Katharine T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, pp. 81- 94.

LONDONO, Patricia (2007): «Positive Obligations, Criminal Procedure and Rape Cases», *European Human Rights Law Review*, vol. 2, pp. 158 – 171.

MACKINNON, Catherine (1995): *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Madrid, Cátedra.

- (1994): «Rape, Genocide and Women's Rights Essay», *Harvard Women's Law Journal*, vol. 17, pp. 5-12.

- (1984): «Difference and Dominance: On sex Discrimination», en Katharina T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, pp. 81- 94.

MACKLIN, Audrey (1995): «Refugee women and the imperative categories», *Human Rights Quarterly*, vol. 17, pp. 213-277.

MAHMOOD, Saba (2008): «Teoría feminista y el agente social dócil: algunas reflexiones sobre el renacimiento islámico en Egipto», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 165-221.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, M. (1995): «El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en Fernando M. Mariño Menéndez et al.: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales. Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 512-516.

MERINO SANCHO, Víctor, M. (2012a): *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas*, Navarra, Aranzadi.

- (2012b): «Mujer, inmigración y violencia(s). La violencia de género sobre mujeres extranjeras en situación administrativa irregular en el ordenamiento jurídico español», *eStudis*, Nº 2, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Valencia.
- (2010): *Implicaciones del discurso sobre la irregularidad en el derecho de asilo*. III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía, Instituto de Filosofía, CSIC, Madrid, 27-29 octubre de 2010.

MESTRE i MESTRE, Ruth (2013): «Ciudadanía, Autonomía y Participación política de las mujeres en democracia», en Ruth Mestre y Yanira Zuñiga (Coords.): *Democracia y participación política de las mujeres, Visiones desde Europa y América Latina*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp. 15-44.

- (2009): *Derechos sexuales y reproductivos. Apuntes escritos durante una breve residencia en Francia*, València, Universitat de València.
- (2008): «Mujeres, Derechos y Ciudadanías», en Ruth Mestre (Coord.): *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp. 17- 42.
- (2006): *La Caixa de Pandora, Introducció a la teoria feminista del dret*, València, Universitat de València.

MEYERSFELD, Bonita (2003): «Reconceptualizing Domestic Violence in International law», *Albany Law Review*, vol. 67, pp. 371- 426.

MILLET Kate (1969): *Política sexual*, Madrid, Cátedra.

MINOW, Martha (1988): «Feminist reasons. Getting it and losing it», en Katharina T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, pp. 357- 369.

MITCHELL, Juliet (1971): *Women's State*, Nueva York, Random House.

MOHANTY, Chandra Talpade (2003): «De vuelta a `Bajo los ojos de Occidente': la solidaridad feminista a través de las luchas anticapitalistas», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 407-464.

- (1998): «Feminist Encounters: Locating the Politics of Experience», en Anne Phillips (eds.): *Feminist and Politics*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, pp. 254-272.
- (1984): «Bajo los ojos de Occidente: academia feminista y discursos coloniales», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 117-163.

MOLINA, Cristina (2003): «Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado», en Silvia Tubert (eds.): *Del sexo al género, Los equívocos de un concepto*, Madrid, Cátedra, pp. 123 – 159.

MOLLER OKIN, Susan (1998): «Gender, the Public and the Private», en Anne Phillips (eds.) *Feminism and Politics*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, pp. 116-141.

MORGADES GIL, Sílvia (2012): «El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 41, pp. 183-204.

- (2010): «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 37, pp. 801-842.

MOUFFE, Chantal (1993): *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Buenos Aires, Méjico, Paidós.

MOWBRAY, Alastair (2005): «The creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 5, pp. 57-79.

MURILLO, Soledad (1996): *El mito de la vida privada*, Madrid, Siglo XXI.

MUSALO, Karen (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*, vol. 8, pp. 9-22.

- (2003): «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence», *DePaul Law Review*, vol. 52, pp. 777-808.
- (2001): «Steps Forward and Steps Back: Uneven Progress in the Law of Social Group and Gender-Based Claims in the United States», *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, pp. 51-70.

- (1999): «Matter or R-A: An Analysis of the Decision and its Implications», *Interpreter Releases*, vol. 9, pp. 1177-1187.
- (1998): «Ruminations on In Re Kasinga: The decision, s legacy», *Review of Law and Women's Studies*, vol. 7/2, pp. 357-371.
- (1996): «In Re Kasinga: A big step forward for Gender-Based Asylums Claims», *Interpreter Releases*, vol. 1, pp. 853-862.

MUSALO, Karen, MOORE, Jennifer y BOSWELL, Richard A. (2002): *Refugee Law and Policy, A comparative and International Approach*. Durham, Carolina Academic Press.

NEAL, David L. (1988): «Women as a Social Group: Recognising Sex-Based Persecution as Ground for asylum», *Colombia Human Rights Law Review*, vol. 20/ 1, pp. 203-257.

NEILSON, Victoria (2005): «Uncharted Territory: Choosing an Effective Approach in Transgender-Based Asylum Claims», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 32, pp. 265-289.

NICHOLSON, Linda (1994): «La interpretación del concepto de género», en Silvia Tubert (eds.) (2003): *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, pp. 47 – 79.

O'CONNELL, Rory (2009): «Cinderela comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR», *Legal Studies: the Journal of the Society of Legal Scholars*, Nº 29/2, pp. 211-229.

OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO (2008): *Eliminating Female Genital Mutilation, an Interagency statement*, WHO.

OLSEN, Francis (2000): «El sexo del Derecho», en Alicia E.C. Ruiz (comp.): *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, pp. 25-45.

O'HARE, Ursula A. (1999): «Realizing Human Rights for Women», *Human Rights Quarterly*, vol. 21, pp. 365 – 402.

OXFORD, Connie G. (2005): «Protectors and Victims in Gender Regimen of Asylum», *NWSA Journal*, vol. 17/3, pp. 18-38.

PASTOR CARBALLO, Rosa (1998): «Violencia de género: construcción del cuerpo e identidad», *Dossiers Feministes*, Nº 5, pp. 5 – 20.

PATEMAN, Carole (1989): «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en Anne Phillips (eds.): *Feminism and Politics*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, pp. 31 - 52.

- (1988): *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos.

PEARCE, Hannah (2002): «An Examination of the International Understanding of Political Rape and the Significance of Labeling it Torture», *International Journal of Refugee Law*, vol. 14/4, pp. 535-560.

PÉREZ OROZCO, Amaia (2004): «Estrategias feministas de deconstrucción del objeto de estudio de la economía», *Foro Interno*, Nº 4, pp. 87-117.

PETTMAN, Jan Jindy (1996): *Worlding Women: A Feminist International Politics*, Londres, Routledge.

PITCH, Tamar (2003): *Un derecho para dos, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta.

PITEA, Cesare (2005): «Rape as a Human Rights Violation and a Criminal offence: The European Court's Judgement in M. C. v. Bulgaria», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, pp. 447 – 462.

RADACIC, Ivana (2008): «Rape cases in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Defining Rape and Determining the Scope of the State's Obligations», *European Journal of International Law*, vol. 3, pp. 357- 375.

RANDALL, Melanie (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*, vol.25, pp. 281-318.

RHODE, Deborah L. (1990): «Feminist Critical Theories», en Katharina T. Barttlet y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, pp. 332- 350.

ROMANY, Celina (1994): «State Responsibility goes private: A Feminist critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law», en Rebecca Cook (eds.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 85 – 115.

ROTH, Kenneth (1994): «Domestic Violence as an International Human Rights Issue», en Rebecca Cook (eds.): *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 326 – 339.

RUBIN, Gayley (1975): «The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex», en Rayna Reiter (eds.) *Towards an Anthropology of Women*, Nueva York, Monthly Review Press, pp. 157 – 210.

SÁNCHEZ PATRON, José Manuel (2007): “El reconeiximent del dret d’asil i la mutilació genital femenina”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, vol. 23, pp. 119-135.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2011): *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex nova.

- (2000): «Derecho de asilo y Persecución relacionada con el sexo», en Teresa Freixes (coord.): *Mujer y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 561-593.

SAPIRO, Virginia (1998): «Feminist Studies and Political Science –and Viceversa», en Anne Phillips (eds.): *Feminism and Politics*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, pp. 67- 89.

SCHAFFER, Haley (2001): «Domestic Violence and Asylum in the United States: In R-A», *Northwestern University Law Review*, vol. 95, pp. 779-809.

SCHILDERS, Nans (1988): *Sexual Violence: You have Hardly Any Future Left*, Amsterdam, Dutch Refugee Council.

SCHNOEBELEN, Jill (2009): «Witchcraft allegations, refugee protection and human rights: a review of evidence», *Working Paper* Nº 169, Ginebra, ACNUR.

SCIALABBA, Lori (1997): «The Immigration and Naturalization Service Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women», *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, pp. 174-181.

SCOTT, Joan (1990): «El género: una categoría útil para el análisis histórico», en James S. Amelang y Mary Nash (eds.): *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna contemporánea*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, Institució Valenciana d'Estudis i Investigació, pp. 23-58.

SHAPIRO, Hannah (2000): «The Future of Spousal Abuse as Gender-Based Asylum Claim: The implications of the Recent Case of R-A-», *Temple International and Comparative Law*, vol. 14, pp. 463-491.

SHERIDAN, Mary M. (1997): «Comment: In Re Fauziya Kasinga: The United States has opened its Doors to Victims of Female Genital Mutilation», *St. John's Law Review*, vol. 71, pp. 433-463.

SINHA, Anita (2001): «Domestic Violence and U.S. Asylum Law: Eliminating the 'Cultural Hook' for Claims Involving Gender-Related Persecution», *New York University Law Review*, vol. 76, pp. 1562-1597.

SMART, Carol (1989a): *Feminism and the power of law*, Nueva York, Routledge.

- (1989b): «La mujer en el discurso jurídico», en Elena Larrauri (Comp.): *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Madrid, Siglo XXI, pp. 168-189.

SPELMAN, Elizabeth (1988): *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Boston, Beacon Press.

SPIJKERBOER, Thomas (1994): *Women and Refugee Status: Beyond the public/private distinction*, La Haya, Emancipation Council.

STEVENS, Mattie (1993): «Recognizing Gender-Specific Persecution: A Proposal to Add Gender as a Sixth Refugee Category», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 3, pp. 179-219.

SUÁREZ NAVAZ, Liliana (2008): «Colonialismo, gobernabilidad y feminismos poscoloniales», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 31-74.

SUBEDI, Surya P. (1997): «Protection of Women against Domestic Violence: The Response of International Law», *European Human Rights Law Review*, vol. 6, pp. 587 – 606.

SULLIVAN, Donna (1995): «The Public/Private Distinction in International Human Right Law», en Julie Peters y Andrea Wolper (eds.): *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York. Routledge, pp. 126-134.

THOMAS, Dorothy Q. y BEASLEY, Michele. E. (1993): «Domestic Violence as Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 15, pp. 36 – 62.

TOHIDI, Nayareh (2006): «'Feminismo islámico': negociando el patriarcado y la modernidad en Irán», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 245-283.

TORREY, M. (1991): «When will we be believed? Rape Myths and the Idea of Fair Trial in Rape Prosecutions», *University of California Davies Law Review*, vol. 24/1, pp. 1013-1068.

TOUBIA, Nahid (1995): «Female Genital Mutilation», en Julie Peters (eds): *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Nueva York. Routledge, pp. 224-236.

TRIPP, Aili Mari (2002): «La política de los derechos de las mujeres y la diversidad cultural en Uganda», en Liliana Suárez Navaz y Rosalba Aída Hernández Castillo (eds.) (2008): *Descolonizando el Feminismo, Teorías y Prácticas desde los Márgenes*, Madrid, Cátedra, pp. 285-330.

TUBERT, Silvia (2003): «La crisis del concepto d género», en Silvia Tubert (eds.): *Del sexo al género, Los equívocos de un concepto*, Madrid, Cátedra, pp. 7-37.

TRUJILLO HERRERA, Raúl (2003): *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Tenerife, Dykinson.

VALCÁRCEL, Amelia (2000): *Rebeldes hacia la paridad*, Barcelona, Plaza y Janés.

VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJNZ, Arjen, ZWAAK, Leo (2006) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Intersentia.

VAN LEEUWEN, Fleur (2008): «¿El Derecho a decidir de una mujer? El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Derechos Humanos de las mujeres y cuestiones de reproducción humana», en Ruth Mestre (Coord.), *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp. 135-160.

VILLANUEVA FLORES, Rocío (2006): «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos», *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 43, pp. 391 - 450.

WEIL, Prosper (1983): «Towards Relative Normativity in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 77, pp. 413 – 427.

WEST, Robin (1988): «Jurisprudence and Gender», en Katharina T. Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, pp. 201 – 234.

WETMORE, Jennifer (2003): «The New T Visa: Is the Higher Extreme Hardship Standard Too High for Bona Fide Trafficking Victims?», *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, pp. 159-176.

WHITE, Lucie E. (1990): «Subordination, Rhetorical Survival Skill, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G», en Katharina T Bartlett y Rosanne Kennedy (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*, Westview Press, Boulder-San Francisco- Oxford, pp. 404-228.

WILSHER, Daniel (2003): «Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?», *International Journal of Refugee Law*, vol. 15/ 1, pp. 68-112.

WRITGH, Shelley (1992): «Economic Rights and Social Justice: A feminist Analysis of some Human Rights Conventions», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, pp. 241-264.

YOUNG Iris Marion (1994): «Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal», en Carmen Castell (Comp.) (1996): *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós.

- (1990): *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press.

ZWAAK, Leo (2006): “The Procedure before the European Court of Human Rights” en P. Van Dijk, A. Van Hoof, y Leo Zwaak (eds.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Intersentia, pp. 408- 412.

ANEXO I. SENTENCIAS CONSULTADAS

Comité de Derechos Humanos

- *Bautista de Arellana c. Colombia* (1993)
- *Lovelace c. Canadá* (1981)
- *Broeks c. Países Bajos* (1984)
- *Aumeeruddy-Cziffra y otras diecinueve mujeres c. Mauritana* (1984)
- *Ato del Avellanal c. Perú* (1986)
- *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú* (2003)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988
- *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995
- *Maria Da Penha c. Brasil*, Sentencia de 16 de abril de 2001
- *González y otras (Campo Algodonero) c. Méjico*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009
- *Velásquez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988
- *Inés Fernández- Ortega et al.*, Sentencia de 30 de agosto de 2010
- *Valentina Rosendo Cantú*, Sentencia de 31 de agosto de 2010

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Siliadin c. Francia* (Nº 73316/2001, Sentencia de 26 de julio de 2005)
- *Rantsev c. Chipre y Rusia* (Nº 25965/04, Sentencia de 7 de enero de 2010)
- *Young, James y Webster c. Reino Unido* (Nº s 7601/76 y 7806/77, Sentencia de 18 de octubre de 1982)
- *Osman c. Reino Unido* (Nº 23452/94, Sentencia de 28 de octubre de 1998)
- *E c. Reino Unido* (Nº 33218/96, Sentencia de 26 de noviembre de 2000)
- *A c. Reino Unido* (Sentencia de 23 de septiembre de 1998)
- *X e Y c. Holanda* (Nº 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985)
- *MC c. Bulgaria* (Nº 39272/98, Sentencia de 4 de diciembre de 2004)
- *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (Nº s 9214/80, 9473/1981 y 9474/1981, Sentencia de 23 de mayo de 1985)
- *Willis c. Reino Unido* (Nº 36042/97, Sentencia de 11 de junio de 2002)

- *Wessels-Bergervoet c. Holanda* (Nº 34462/97, Sentencia de 4 de junio de 2002)
- *Hagman-Husler c. Suiza* (Nº 8042/77, Decisión de 15 de diciembre de 1977)
- *Bruggemann y Scheuten c. Alemania* (Nº 6959/75, Decisión de 19 de mayo de 1976)
- *Paton c. Reino Unido* (Nº 8416/78, Decisión de 13 de mayo de 1980)
- *Boso c. Italia* (Nº 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002)
- *Tysiac c. Polonia* (Nº 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007)
- *A. B. y C. c. Irlanda* (Nº 25579/05, Sentencia de 16 de diciembre de 2010)
- *Evans c. Reino Unido* (Nº 6339/05, Sentencia de 10 de abril de 2007)
- *Dickson y Dickson c. Reino Unido* (Nº 44362/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2007)
- *Selmouni c. Francia* (Nº 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999)
- *X e Y c. Holanda* (Nº 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985)
- *Aydin c. Turquía* (Nº 23178/94, Sentencia de 25 de septiembre de 1997)
- *Maslova y Nalboandow c. Rusia* (Nº 839/02, Sentencia de 24 de enero 2008)
- *Irlanda c. Reino Unido* (Nº 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978)
- *Collins y otra c. Suecia* (Decisión de 8 de marzo de 2007)
- *Agbotain y otra c. Suecia* (Decisión de 1 de febrero de 2007)
- *Lunguli c. Suecia* (Decisión de 1 de julio de 2003)
- *Bevacqua y S. c. Bulgaria* (Nº 71127/01, Sentencia de 12 de junio de 2008)
- *Opuz c. Turquía* (Nº 33401/02, Sentencia de 9 de junio de 2009)
- *A c. Croacia* (Nº 55164/08, Sentencia de 14 de octubre de 2010)
- *Mezher c. Suecia* (Nº 25849/94, Decisión de 6 de julio de 1995)
- *Soering c. Reino Unido* (Nº 14038/88, Sentencia de 7 de julio de 1989)
- *Vilvarajah y otros c. Reino Unido* (Nº 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, Sentencia de 30 de octubre de 1991)
- *Selmouni c. Francia* (Nº 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999)
- *Jabari c. Turquía* (Nº 40035/98, Sentencia de 11 de julio de 2000)

Comité de la CEDAW

- *A.S. c. Hungría*, Comunicación Nº 4/2004, 12 de febrero de 2004
- *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, Comunicación Nº 5/2005 de 21 de julio de 2004
- *Sahide Groekee c. Austria*, Comunicación Nº 5/2005 de 21 de julio de 2004

- *A.T. c. Hungría*, Comunicación Nº 5/2005 de 21 de julio de 2004
- *Fatma Yildirim c. Austria*, Comunicación Nº 6/2005, de 1 de octubre de 2007
- *V.K c. Bulgaria*, Comunicación Nº 20/2008, de 15 de octubre de 2007
- *Jallow c. Bulgaria*, Comunicación Nº 32/2011, de 23 de julio de 2011

Juzgado de lo Central de lo Contencioso Administrativo

- Sentencias de 15 de julio de 2005 (procedimiento abreviado nº 249/2004)

Audiencia Nacional

- Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2006 (recurso 429/2004)
- Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2002 (recurso nº 461/2001)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2002 (recurso nº 656/2001)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2001 (recurso nº 1662/1999)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2005 (recurso nº 124/2003)
- Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2005 (recurso nº 1217/2003)
- Sentencia de las Sección Primera de las Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 1998 (recurso nº 661/1998)
- Sentencia de la Sección Octava de las Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004 (recurso nº 276/2003)
- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2005 (recurso nº 1381/2002)
- Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2005 (recurso nº 1217/2003)
- Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2001 (recurso nº 1024/1999)
- Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2010 (recurso 158/2010)

- Sentencia de la Sección Octava de la Sala Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009 (recurso nº 1528/2007)
- Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso nº 661/1998)

Tribunal Supremo

- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 (recurso nº 3020/2000)
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (recurso nº 5799/2001)
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso nº 6266/2001)
- Sentencia de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2005 (recurso nº 3428/2002)
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 (recurso nº 1836/2002)
- Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2002 (recurso nº 851/2001)
- Sentencia de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2004 (recurso nº 913/2002)
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2009 (recurso nº 3155/2006).
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2006 (recurso nº 285/2003)
- Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 (recurso nº 735/2003)
- Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006 (recurso nº 4881/2003)
- Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 (recurso nº 3155/2006)
- Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 (recurso nº 1789/2009)

Sentencias de EEUU

- *Parastoo Fatin v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 92-3346, United States Court of Appeals for the Third Circuit. 12F.3d 1233. 21 May 21 1993.

- *Saideh Fisher, a.k.a Saideh Hassib-Tehrani, Kian Hosseini Lavasani v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 91-70676, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 2 April 1996.
- *Nazani Yadegar-Sargis v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 01-3693, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 297 F.3d 596, 22 July 2002.
- *Olimpia Lazo-Majano v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 85-7384, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 813. F2d 1432; 1987.
- *Matter of Acosta*, A-24159781, 12 May 1989.
- *Beatrice Ananeh-Firempong v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 84-1997, United States of Appeals for the First Circuit, 766 F.2d 621, 24 June 1985.
- *Tesfaye Aberra Gebremichael v. Immigration and Naturalization Service*, Nºs 93-1678, 93-1486, United States Courts of Appeal for the First Circuit, 10 F. 3d 28, 23 November 1993.
- *Rosalba Aguirre-Cervantes a.k.a. María Esperanza Castillo v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 99-70861, United States Courts of Appeals for the Ninth Circuit, A-76-627-200, Argued and submitted 7 February, 2001, Filed 21 March, 2001.
- *Mohamed-Erfan E. Mahmoud, Petitioner v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 95-70803, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Fed. R. App. P. 34 (a); 9th. Cir. R. 34-4, submitted 22 April 1996, Filed 29 April, 1996.
- *Luis Alonzo Sánchez-Trujillo and Luis Armando Escobar-Nieto v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 85-7609, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. 801 F. 2d. 1571, Argued and Submitted Septiembre 11, 1986, Decided October 15, 1986.
- *Gómez v. Immigration and Naturalization Service*. 947 F.2d 660. United States Court of Appeals for the Second Circuit, 28 October 1991.
- *Geovanni Hernández Montiel, Petitioner v. Immigration and Naturalization Service*. Nº 98-70582, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit. 225 F. 3d 1084, Argued and Submitted December 8, 1999, Filed August 24, 2000.
- *Sofía Campos Guardado v. Immigration and Naturalization Service*, 809 F.2d 285, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 9 March 1987.
- *In re D-V*, United States Board of Immigration Appeals, 23 May 1993.
- *In re Fauziya Kasinga*, 3278, United States Board of Immigration Appeals, 13 June 1996.
- *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, Nº 95-70887. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 118 F.3d 641.
- *Abay v. Ashcroft*, Attorney General 368 F.3d 634 United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 19 May 2004.

- *Barry v. Gonzales*, Attorney General, 422 F.3d 1187 (10th Cir. 2005), United States Courts of Appeal for the Fourth Circuit, 19 April 2006.
- *Abebe and another v. Gonzales*, Attorney General, Nº 02-72390, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 30 December 2005.
- *Rreshpja v. Gonzales*, Attorney General, No. 04-3808, 22 July 22, 2005.
- *Cece v. Holder* (7th Cir. Aug. 9, 2013)

Tribunal Superior de Justicia de la UE

- Sentencia en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12 X, Y, Z / Minister voor Immigratie en Asiel

ANEXO II. DOCUMENTOS DEL ACNUR

- *Guía para la Protección de las Mujeres Refugiadas* (1991)
- *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (1992)
- *Sexual Violence: Prevention and Responses to Sexual and Gender-Based Violence in Refugees Situations, Inter-Agency Lessons Learned Conference Proceedings* (2001)
- *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* (2002)
- *Directrices sobre la Protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* (2002)
- *Directrices sobre Protección Internacional: La alternativa de huida interna o reubicación en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (2003)
- *Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, returnees and Internally Displaced Persons, Guidelines for Prevention and Responses* (2003)
- *UNHCR Note on Refugee Claims based on Coercive Family Planning Laws or Policies* (2005)
- *Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata* (2006)
- *UNHCR Guidance note on Claims for Refugee Status under the 1951 Convention relating to sexual orientation and gender identity* (2008)
- *Guidance Note on Refugees Claims relating to Female Genital Mutilation* (2009)

ANEXO III. PROCEDIMIENTOS DE ASILO

| | Procedimiento en territorio | Procedimiento en frontera |
|---|---|--|
| Plazo de presentación | 1 mes desde la entrada en territorio español. | Nada más llegar a un puesto fronterizo. |
| Lugar de presentación | Ante la OAR/Oficinas de extranjeros y Comisarías Provinciales de Extranjería. | Puesto fronterizo de entrada a territorio español. |
| Admisión a trámite | <p>La resolución de admisión indicará si el procedimiento se tramitará por los trámites ordinarios o por los trámites de urgencia (art. 25.1 Ley de asilo).</p> <p>La decisión de admisión o inadmisión debe tomarse en el plazo de un mes.</p> <p>Efecto: autorización de permanencia provisional en territorio español y continuación de la tramitación del procedimiento: fase de instrucción.</p> | <p>La resolución de admisión indicará si el procedimiento se tramitará por los trámites ordinarios o por los trámites de urgencia (art. 25.1 Ley de asilo).</p> <p>La decisión de admisión o inadmisión debe tomarse en un plazo de 4 días.</p> <p>Efecto: autorización de entrada y permanencia provisional en territorio español y la continuación de la tramitación del procedimiento: fase de instrucción.</p> |
| Inadmisión a trámite | <p>Causas: art. 20 Ley de asilo.</p> <p>La resolución de inadmisión determinará, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español salvo que, de acuerdo con la legislación de extranjería, la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia, o que se autorice su estancia o residencia por razones humanitarias.</p> | <p>Igual que en el procedimiento en territorio</p> <p>La petición de asilo puede, además de inadmitirse a trámite, denegarse directamente por las causas previstas en el art. 21.2 de la Ley de asilo.</p> |
| Recursos contra la inadmisión | Cabe recurso contencioso administrativo ante los Juzgados Centrales. | <p>Reexamen en el plazo de dos días.</p> <p>Si la resolución que resuelve el reexamen es desfavorable cabe recurso potestativo de reposición y recurso contencioso administrativo ante los Juzgados Centrales.</p> |
| Trámites posteriores a la fase de admisión a trámite (Fase de instrucción) | <p>Incorporación al expediente de todas las diligencias practicadas; elevación del expediente a la CIAR para que, previo su estudio, eleve propuesta de resolución al Ministerio de Interior, y firma de dicha resolución por el Ministro concediendo o denegando el derecho de asilo y la condición de refugiada o protección subsidiaria.</p> <p>Causas de denegación: artículo 9 de la ley de asilo</p> | Igual que en el procedimiento en territorio. |

ANEXO IV. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DE PERSONA REFUGIADA

| ELEMENTOS | INTERPRETACIONES POSIBLES | |
|---|--|--|
| | INTERPRETACIÓN ACTUAL | INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA |
| Persecución | Persecución en el ámbito público y por agentes estatales. Ciertas reticencias a admitir los distintos tipos de violencia contra las mujeres como persecución. | Considerar los distintos tipos de violencia contra las mujeres como violaciones de derechos humanos y como persecución. Definir la persecución desde un enfoque de derechos humanos como lo hace Hathaway: prolongada y sistemática violación de derechos humanos junto con la ausencia de protección estatal. |
| Ausencia de protección estatal | Teoría de la responsabilidad: exige que la persecución sea en última instancia atribuible al Estado. | Teoría de la protección interna: el Estado es responsable incluso en los supuestos en que se tolere la persecución o sea incapaz de proporcionar protección. |
| Agente de persecución | Ciertas reticencias a admitir la persecución por agentes no estatales. | Admitir la persecución por agentes no estatales. Aplicación del enfoque bifurcado del ACNUR: En situaciones en las que exista un riesgo de ser perseguido por un agente no estatal por razones relacionadas con alguno de los motivos de la Convención, se establece el nexo causal, independientemente de que la ausencia de protección por parte del Estado guarde o no relación con la Convención. Asimismo, cuando el riesgo de ser perseguido por 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 el nexo causal también se establece. |
| Alternativa de huida interna (AHI) | Debe analizarse siempre que la persecución se produzca por agentes no estatales. | Para determinar si procede la AHI realizar el test de razonabilidad propuesto por el ACNUR teniendo en cuenta las implicaciones de género que pueda tener. |
| Nexo causal (en general) | En muchos casos se entiende que la persecución se produce por un motivo personal, cultural o por tradición y no por un motivo previsto en la CG. | Aplicación del enfoque bifurcado del ACNUR. |

| | | |
|--|--|--|
| <p>Nexo causal: Pertenencia a un determinado grupo social</p> | <p>Se define el grupo social como un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguida y que son percibidos como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable (como el sexo) o fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.</p> <p>Aplicación simultánea del enfoque de las características protegidas y el de la percepción social.</p> <p>Reticencias a reconocer grupos sociales amplios.</p> <p>Tendencia a considerar que el grupo social debe ser cohesivo, homogéneo y que exista una relación de asociación voluntaria entre sus miembros.</p> | <p>Que el grupo social se defina en función de características fundamentales para la identidad (Young, 1994) y no en función de características innatas e inmutables.</p> <p>Aplicación de los enfoques de las características protegidas y el de la percepción social de modo subsidiario.</p> <p>Superar las reticencias respecto al reconocimiento de grupos sociales amplios.</p> <p>No exigir que el grupo social sea cohesivo ni homogéneo ni que exista una relación de asociación voluntaria entre sus miembros.</p> |
| <p>Nexo Causal: Motivos políticos</p> | <p>Interpretación restrictiva que considera únicamente como políticas las actividades llevadas a cabo en la esfera pública.</p> | <p>Reconocimiento del carácter político de actividades llevadas a cabo en la esfera privada.</p> <p>Reconocimiento de la imputación de opinión política en relación con las mujeres.</p> <p>Reconocer como opinión política la opinión que se tenga sobre el tratamiento y estatus de las mujeres.</p> <p>Reconocer como opinión política el hecho de ser feminista.</p> |