29/2007

ESTUDIOS DE PROGRESO
Fundación Alternativas

Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género

Yolanda García Ruiz

FUNDACIÓN
alternativas

Yolanda García Ruiz

Doctora en Derecho por la Universitat de València y profesora de Derecho eclesiástico del Estado en dicha universidad. Sus trabajos de investigación se han centrado en el análisis de los derechos fundamentales, las libertades públicas y su repercusión en los grupos religiosos.

Ha realizado labores de investigación en la Universidad de La Sapienza de Roma, en el Institut Catholique de París y también en las sedes de algunas instituciones de la Unión Europea, como la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ha impartido cursos y conferencias en la Universidad Carlos III de Madrid, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Sedes Sapientiae de Lima (Perú).

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Yolanda García Ruiz

ISBN: 978-84-96653-73-3

Depósito Legal: M-30822-2007

Índice

1 Introducción 5

2 Iniciativas institucionales para la erradicación de la mutilación genital femenina 7
- 2.1 Derecho internacional de ámbito universal 10
- 2.2 Derecho internacional de ámbito regional 13
- 2.3 Derecho nacional 19

3 Derecho de asilo y reconocimiento de la condición de refugiado en los supuestos de mutilación genital femenina 27
- 3.1 Derecho internacional 28
- 3.2 Derecho nacional comparado 32
- 3.3 Derecho español 38

4 Propuesta *de lege ferenda* y recomendaciones de política internacional 41

5 Bibliografía 43

6 Anexo 45

7 Adenda 49

Lista de siglas

AA VV	Varios autores
ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
BOE	Boletín Oficial del Estado
DO	Diario Oficial
EOIR	Oficina Ejecutiva de Revisión de Inmigración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos
FJ	Fundamento Jurídico
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Redur	Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja
RGDCDEE	Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado
UE	Unión Europea
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

1

Introducción

El fenómeno migratorio constituye uno de los mayores retos que está afrontando la humanidad en este nuevo siglo. Las migraciones exportan, junto a una riqueza humana y cultural innegable, tradiciones, costumbres y rituales que, en ocasiones, tienen un difícil encaje en el ámbito social y jurídico de los países de acogida[1], en especial cuando dichas tradiciones afectan a los derechos humanos, a las libertades fundamentales y al orden público[2].

Un supuesto claro lo constituyen aquellas prácticas que, de algún modo, perjudican o dañan la salud de las mujeres y las niñas. Nos referimos a determinados rituales de iniciación que responden a esquemas sociales patriarcales, que muestran una evidente concepción de desigualdad entre géneros y se construyen a partir de argumentos sociales, culturales y religiosos. Entre ellas, destaca por su crueldad la mutilación genital femenina.

En España, se han desarrollado recientemente políticas legislativas dirigidas a perseguir a quienes llevan a cabo este tipo de agresiones. En concreto, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina posibilita que la jurisdicción española conozca de aquellos hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, siempre que, según la ley penal española, dichos hechos sean constitutivos de determinados delitos; entre ellos se incluye la mutilación genital femenina, de la cual conocerán los tribunales españoles siempre que los responsables se encuentren en España.

No obstante, la mayoría de los supuestos que conocen los tribunales españoles versan sobre otra cuestión, también compleja, como es la solicitud de asilo por parte de mujeres (adolescentes y/o niñas) que justifican su petición aduciendo el temor a que se les practique la ablación genital en sus países de origen.

1 *Vid.* Jordán Villacampa (2003).
2 *Vid.* Bonet Navarro y Landete Casas (2005).

La Ley española 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado[3], modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo[4], al determinar los supuestos que posibilitan el reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo, se refiere a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967[5]. En ninguno de dichos documentos se contempla la persecución por motivos de género como causa de reconocimiento de la condición de refugiado.

El presente trabajo plantea la conveniencia de acometer una modificación legislativa en España para garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo en los supuestos en los que peligre la libertad y la dignidad de una mujer que tema ser sometida a un ritual de mutilación genital[6].

Con tal finalidad, se analizarán, en primer lugar, las iniciativas institucionales de ámbito internacional, regional y nacional que se han llevado a cabo con el objeto de denunciar y erradicar esta práctica ancestral y, en segundo lugar, los instrumentos jurídicos (normativos y jurisprudenciales) de los Estados que han reconocido el derecho de asilo en estos supuestos por la amenaza que comporta la mutilación genital para la vida, la integridad y la libertad de la mujer.

3 *Vid*. BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.
4 *Vid*. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.
5 *Vid*. Instrumento, de 22 de julio de 1978, de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.
6 Ibídem.

2

Iniciativas institucionales para la erradicación de la mutilación genital femenina

Son muchas las partes del mundo en las que perviven todavía prácticas tradicionales y culturales que se llevan a cabo en el seno de la familia y que son perjudiciales para la salud de las mujeres y las niñas. Una de las prácticas que ha propiciado un mayor seguimiento por parte de diversos organismos internacionales ha sido la mutilación genital femenina, que consiste en la ablación parcial o total de los órganos genitales de la mujer.

La relatora especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswam, en su Informe del año 2002 sobre "Las prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer"[7], detalla cuáles son los tipos de mutilación genital posibles:

> "(…) Los métodos y tipos de mutilación difieren según el país y el grupo étnico. Pero la mutilación genital femenina puede clasificarse ampliamente en cuatro grupos:
>
> i) Circuncisión, o corte del prepucio, pliegue mucoso del clítoris, conocida en los países musulmanes como *sunna* (tradición). Ésta es la forma más leve de mutilación genital femenina que afecta únicamente a una pequeña proporción de mujeres. Es la única forma de mutilación a la que se le llama correctamente circuncisión, pero ha habido tendencia a agrupar todos los tipos de mutilaciones bajo el término "circuncisión femenina", lo que induce a error.
>
> ii) Excisión, esto es, corte del clítoris y corte parcial o total de los labios menores.
>
> iii) Infibulación, corte del clítoris, los labios menores y por lo menos las dos terceras partes anteriores de los labios mayores, y a menudo los labios mayo-

7 Informe presentado de conformidad con la Resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos.

> res en su totalidad. Los dos lados de la vulva se suturan con seda o *catgut*, o con espinas, dejando una pequeña abertura para el paso de la orina o la sangre menstrual. Estas "operaciones" se realizan con cuchillos especiales, hojas de afeitar, tijeras o pedazos de vidrio y de piedra. Las piernas de la muchacha se atan juntas desde la cadera hasta el tobillo y se la mantiene inmóvil hasta 40 días para permitir la cicatrización.
>
> iv) Intermedio, es decir, la remoción del clítoris y la remoción total o parcial de los labios menores. A veces se extraen trozos de los labios mayores. La práctica varía según las exigencias de los familiares de la muchacha".

En la actualidad, según los datos facilitados en su noveno y último informe por la relatora especial sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas, Sra. Halima Embarek Warzazi, la mutilación se realiza sobre todo, aunque no exclusivamente, en el continente africano:

> "(...) está extendida en 26 países africanos, pero las formas de mutilación varían mucho a través del continente. La infibulación, la forma más extrema de mutilación sexual y la más perjudicial para la salud de las niñas y las mujeres, a corto y largo plazo, se practica sobre todo en Yibuti, Somalia y Sudán, determinadas partes de Egipto y Etiopía, mientras que la escisión total, que consiste en la ablación del clítoris y los labios menores, y la escisión parcial, o clitoridectomía, representan aproximadamente el 85% de las mutilaciones practicadas en África occidental, central y oriental. La mutilación genital femenina se practica también en determinados países de Asia, como Indonesia, Malasia y el Yemen. En Asia, contrariamente a lo que ocurre en África, algunas comunidades siguen un rito puramente simbólico que consiste en colocar un cuchillo sobre el clítoris de la mujer, sin proceder a la mutilación, o en marcar levemente el clítoris con un junco. (...) También se perciben diferencias en la edad media de las niñas afectadas. En el África occidental, donde la mutilación genital se considera un 'rito de paso', en que la niña abandona la niñez para asumir la condición de mujer adulta, se practica a los 14 ó 15 años, en el momento de la pubertad. El acto suele ir acompañado de rituales complejos a este caso. En el África oriental, la mutilación genital se practica tradicionalmente para mitigar el deseo sexual y preservar la virginidad y, a menudo, se somete a esta práctica a niñas de 7 u 8 años. (...)[8]".

Dicha realidad, constatada y denunciada por quienes trabajan en el ámbito de los derechos humanos, continúa siendo una cuestión vigente que pervive pese a los innumerables esfuerzos que se han llevado a cabo para su erradicación[9]. El 6 de febrero de 2006, con motivo del Día Mundial de Tolerancia Cero a la Mutilación Genital Femenina, la prensa española se hacía eco de la extensión de esta práctica ancestral a nivel mundial[10]. Según la información difundida, se sigue realizando en diversos Estados del continente africano, y también en comunidades de inmigrantes establecidas en Europa, Norteamérica y Australia.

8 *Vid.* E/CN/.4/Sub.2/2005/36, 11 de julio de 2005.
9 *Vid.* J. M. Contreras Mazarío (2003).
10 *Vid.* Dos millones de niñas sufren cada año la mutilación genital, en *El País* de 6 de febrero de 2006.

Es un hecho que los flujos migratorios están modificando la idiosincrasia cultural y religiosa de las sociedades occidentales, y ello plantea importantes desafíos jurídicos, económicos y también sociales[11]. El nuevo diseño multicultural y multiétnico conlleva que algunas costumbres y ritos religiosos o culturales, cuasi tribales, estén siendo exportados a los países de acogida[12], lo que ha forzado en buena parte de los Estados de acogida[13] modificaciones legislativas importantes y pronunciamientos jurisprudenciales dirigidos a garantizar la dignidad, la integridad y los derechos de las mujeres y las niñas.

Las comunidades que practican la mutilación genital femenina aducen, en primer lugar, razones psicosexuales, puesto que con ella pretenden atenuar el deseo sexual en la mujer, mantener la castidad y la virginidad antes del matrimonio y la fidelidad durante el mismo; en segundo lugar, recurren a argumentos sociológicos, porque, en ocasiones, se identifica dicha práctica con rituales culturales de iniciación de la niña en la edad adulta y de integración social; en tercer lugar, utilizan razones de estética e higiene, al afirmar que los genitales femeninos resultan antiestéticos y sucios y que por ello deben eliminarse; y, por último, esgrimen motivos religiosos. En este último sentido, algunas comunidades musulmanas lo practican al creer que constituye una exigencia del Islam[14]. Sin embargo, la mutilación es previa a la aparición del Islam y, de hecho, en las culturas en las que se practica se lleva a cabo al margen de las creencias religiosas, incluso por animistas y no creyentes.

La mutilación de los genitales tiene graves consecuencias para la salud de las mujeres y las niñas, y puede llegar a provocar la muerte[15]. Su práctica constituye, por consiguiente, un atentado contra los derechos humanos, contra la igualdad desde la perspectiva de género y contra la dignidad.

La pervivencia de esta práctica en algunas culturas ha dado lugar a diversas acciones en el ámbito internacional dirigidas a su supresión. En este sentido, las llevadas a cabo en el seno de las Naciones Unidas resultan especialmente destacables, fundamentalmente, porque tienen una dimensión jurídica de ámbito universal[16].

---

11 *Vid.* Jordán Villacampa (2004); Olmos Ortega (2003); y Castro Jover (2002).

12 *Vid.* Escrivá Ivars (2003).

13 Los Estados democráticos construidos sobre el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de la persona son conscientes, como señala D. Llamazares Fernández, "(…) de las dificultades que puede generar para el pluralismo y la tolerancia, que son unos de sus valores definitorios fundamentales, la tendencia interna de las creencias religiosas al dogmatismo, al sectarismo y, en definitiva, al fundamentalismo" (Llamazares Fernández, 2002a).

14 En contra de la vinculación entre la religión y las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas se han pronunciado tanto el relator especial sobre la libertad de religión o de creencias (E/CN.4/2002/73/Add.2), como la relatora especial sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas (E/CN.4/Sub.2/2002/32). Esta última ha destacado, incluso, la valiosa contribución de algunos dirigentes religiosos de África en la lucha contra la mutilación genital femenina.

15 La Organización Mundial de la Salud ha advertido sobre las consecuencias que puede tener la mutilación genital femenina de forma inmediata y también a largo plazo. En este sentido, se afirma que "las complicaciones inmediatas incluyen dolor agudo, conmoción, hemorragia, retención de orina, ulceración de la región genital y del tejido adyacente. La hemorragia e infección pueden causar la muerte. Recientemente ha aumentado la preocupación por la posibilidad de que se transmita el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) debido al empleo de un mismo instrumento en múltiples ocasiones (...)". Ibídem.

16 La protección de los colectivos más desfavorecidos y de las minorías ha sido y es una constante en el seno de las Naciones Unidas. En este sentido, *vid.* Contreras Mazarío (2004).

2.1 Derecho internacional de ámbito universal

El grado de implicación de las Naciones Unidas en relación con la mutilación genital femenina ha sido notable y se ha dejado sentir, de una forma más destacada, desde mediados del siglo XX[17].

La preocupación por los derechos humanos, la integridad y la dignidad de las mujeres y las niñas ha sido y es una constante en el seno de las Naciones Unidas. De forma especial, ha preocupado y preocupa la discriminación y la violencia que han padecido y todavía padecen muchas mujeres en el mundo. En este sentido, y con carácter general, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[18], en su artículo 5, alude a algunas de las cuestiones que resultaría necesario erradicar. Entre ellas, se menciona la necesaria modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de alguno de los sexos[19]. Dicha medida permitiría superar algunos de los prejuicios sociales que subyacen tras la realización de algunas prácticas tribales y consuetudinarias, como la mutilación genital.

En esta misma línea se enmarca la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer –proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104[20]–. En ella se insta a los Estados a que condenen la violencia contra las mujeres y, entre las fórmulas que se apuntan, destaca la importancia de evitar que se invoquen costumbres, tradiciones o argumentos religiosos con el objeto de perpetuar prácticas rituales que afecten a la dignidad y a la salud de las mujeres.

La justificación cultural de la mutilación genital femenina y la permisividad de algunos Estados con respecto a este tipo de prácticas han sido también objeto de análisis y son varios los documentos de Naciones Unidas en los que se ha tratado esta temática. En todos ellos, se percibe la preocupación por la vigencia de dichas prácticas en la actualidad y también la voluntad de lograr su eliminación en aras del reconocimiento universal de los derechos de la mujer[21].

17 El Informe del secretario general de las Naciones Unidas del año 1998, sobre prácticas tradicionales y consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, recoge una sinopsis exhaustiva de las medidas adoptadas en el seno de las Naciones Unidas en relación con esta cuestión desde los años cincuenta hasta la actualidad. *Vid.* A/53/354, de 10 de septiembre de 1998.

18 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27.1.

19 En relación con el papel que desempeña la mujer en la sociedad y, en especial, en el ámbito religioso, entre otros, *vid.* Olmos Ortega (1998); Combalía Solís (2001); y Vega Gutiérrez (2003).

20 *Vid.* Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994.

21 Entre otros, *vid.* Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III; el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, A/CONF. 171/13, cap. I, resolución 1, anexo; el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín, del 4 al 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20, cap. I, resolución 1, anexo I; la Recomendación general 14 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer relativa a la mutilación genital femenina, Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 38 (A/45/38), párr. 438.

El secretario general, a instancias de la Asamblea General, ha emitido varios informes en los que destaca las actuaciones adoptadas en el seno de las Naciones Unidas para favorecer la lucha contra las prácticas tradicionales que atentan contra la salud de las mujeres[22]. En su último Informe, de 6 de julio de 2006, elaborado también a petición de la Asamblea General[23], ha estudiado a fondo las diversas formas de violencia contra la mujer"[24], destacando entre ellas, por lo que aquí interesa, la mutilación genital femenina como una de las formas de violencia que se llevan a cabo en el seno de la familia[25].

La relatora especial sobre la violencia contra la mujer ha denunciado también esta problemática, en concreto, en un informe sobre prácticas culturales realizadas dentro de la familia y que entrañan violencia contra la mujer[26]. No obstante, la iniciativa más decisiva, en el ámbito de las Naciones Unidas, ha sido el nombramiento de una relatora especial sobre prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas. Dicho nombramiento pone de manifiesto la relevancia del problema y permite institucionalizar la lucha contra estas prácticas rituales y de iniciación. Los informes realizados tienen un gran valor como instrumento de denuncia de la implantación, del alcance y de la vigencia actual de estas prácticas consuetudinarias que atentan contra la dignidad y los derechos humanos de la mujer, aunque no poseen carácter jurídico vinculante.

Una constante de los informes que han analizado esta problemática es la cuestión relativa a la difícil relación entre la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos. En este sentido, la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, en el informe que analiza las prácticas culturales, llevadas a cabo dentro de la familia y que entrañan violencia contra las mujeres, afirma:

> "(...) la tensión entre los derechos humanos universales y el relativismo cultural se observa en la vida cotidiana de millones de mujeres en todo el planeta. La situación –afirma– se hace más compleja por el hecho de que las mujeres también se identifican con su cultura y a menudo se muestran ofendidas por la arrogante posición de las personas ajenas a esa cultura que critican su forma de hacer las cosas"[27].

Por lo tanto, estamos ante una temática extremadamente sensible y compleja, por un lado, y ante una agresión a la integridad física y psíquica de la mujer, por el otro. Una agresión que entraña, como matiza la propia relatora especial, dolores y sufrimientos graves que pueden equipararse a la tortura. Por ello, en su opinión, "(...) debe ejercerse la máxima presión internacional y nacional para asegurar que las normas religiosas y consuetudinarias se ajusten a normas internacionales universalmente aceptadas"[28]. Y, en dicha pretensión, el primer obstáculo a salvar reside en los argumentos que, desde determinadas culturas, se utilizan para perpetuar dichas prácticas. Argumentos cimentados en concep-

22 *Vid.* A/53/354, de 10 de septiembre de 1998, y A/58/169, de 18 de julio de 2003.
23 A/RES/58/185.
24 A/61/122/Add.1.
25 Ibid, 45 a 47.
26 *Vid.* E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002.
27 Ibídem.
28 Ibídem.

tos como el honor de la familia y la salvaguardia de los valores familiares y comunitarios[29] y que, en consecuencia, cercenan los derechos, la dignidad y la libertad de las mujeres y las niñas.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, que ha promovido la realización de diversos Informes sobre las prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, ha condenado también dichas prácticas ancestrales en varias de sus resoluciones[30]. En estos documentos invita a los Estados a seguir diversas líneas de actuación tendentes a su eliminación. Por un lado, les insta a ratificar los instrumentos jurídicos de Derecho internacional que velan por el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, en especial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño[31]. Y, por otro, les anima a desarrollar políticas legislativas de ámbito nacional que prohíban la mutilación genital femenina y que posibiliten el procesamiento de quienes la perpetúen.

Cabe destacar entre las recomendaciones de la Asamblea General a los Estados las relativas a las iniciativas de formación, educación y movilización de la opinión pública, así como las relativas a la implicación y participación de distintos agentes sociales y representantes culturales y religiosos en las acciones dirigidas a la superación de esta práctica ancestral que tiene por objeto la mutilación de la mujer.

Es muy importante, en este sentido, educar y formar al personal sanitario para que conozca en profundidad las consecuencias perniciosas que conlleva dicha mutilación. También resulta fundamental recabar la colaboración de personas con relevancia y autoridad en las sociedades que llevan a cabo estas prácticas rituales y, por supuesto, utilizar medios masivos de difusión de la información que garanticen su extensión a todos los estratos de la sociedad.

Además de lo anterior, y desde una perspectiva exclusivamente jurídica, es evidente que la lucha por lograr la erradicación de estas prácticas pasa por la promulgación de leyes que las prohíban y tipifiquen penalmente. Además, la Asamblea General, en sus resoluciones sobre la materia, hace hincapié también en la necesidad de desarrollar, junto con la legislación penal, un mecanismo jurídico de control cuyo objeto sea la vigilancia del cumplimiento de las normas que prohíben la mutilación femenina, es decir, tanto la tipificación penal como el control jurídico de su aplicabilidad se revelan como factores necesarios en la lucha normativa contra la mutilación genital de la mujer.

Otro aspecto en el que se insiste de manera reiterada es en la necesidad de potenciar, en todas las sociedades sin excepción, la consecución de un grado mayor de independencia económica de la mujer. Dimensión esta que es, en definitiva, presupuesto incontestable de la libertad y de la igualdad.

29 *Vid.* Noveno y último informe sobre la evolución de la situación relativa a la eliminación de las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas, elaborado por la relatora especial, Sra. Halima Embarek Warzazi. E/CN.4/Sub.2/2005/36.

30 *Vid.* A/RES/52/99, de 9 de febrero de 1998, A/RES/54/133, de 7 de febrero de 2000, y A/RES/56/128, de 30 de enero de 2002. Todas ellas sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña.

31 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

2.2 Derecho internacional de ámbito regional

La labor realizada en el ámbito de las Naciones Unidas para denunciar y erradicar la violencia contra la mujer y la mutilación genital femenina tiene también su reflejo en documentos provenientes de diversos ámbitos regionales. La Organización de Estados Americanos, la Organización para la Unidad Africana, la Liga de Estados Árabes, el Consejo de Europa y la Unión Europea han promovido instrumentos jurídicos internacionales en los que se prohíbe cualquier forma de violencia o agresión contra la mujer, y en muchos de ellos se condena implícita o explícitamente la mutilación genital. Sin embargo, la aplicación real de los diversos instrumentos jurídicos regionales dista mucho de alcanzar cotas altas de efectividad[32], tal y como ponen de manifiesto los Informes de la relatora especial sobre prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas[33] y algunas ONG, como Amnistía Internacional[34].

• América

La preocupación por las diversas formas de violencia contra la mujer, en el ámbito americano, ha propiciado la adopción de una Convención específica: la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada el 9 de junio de 1994. Dicho texto, que tiene carácter de tratado internacional y, por ende, fuerza vinculante para los Estados signatarios del mismo, comienza definiendo lo que se entiende por violencia contra la mujer y, en este sentido, su artículo 1 dispone: "Para los efectos de esta Convención, debe entenderse por violencia contra la mujer 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"[35].

La mutilación genital se inserta perfectamente en la definición referida. Es evidente que constituye una agresión basada exclusivamente en el género y que causa un daño físico y psíquico en la mujer con consecuencias graves, tanto para su sexualidad como para la reproducción, por los problemas que puede ocasionar en el parto. Además, se realiza en el ámbito privado, esto es, en el seno de la familia o de la comunidad étnico-religiosa, y, en el peor de los casos, puede llegar incluso a provocar la muerte.

32 En determinadas regiones del mundo, como señala G. Suárez Pertierra, "(…) el mayor problema con que hay que enfrentarse en este campo es, en mi criterio, la precariedad institucional que comporta una grave crisis de gobernabilidad. Por diversas razones que tienen que ver con la falta de desarrollo de las instituciones, con la inadecuada definición de su papel en sistemas de convivencia democrática aún incipientes o con las dificultades para establecer un sólido sistema de distribución del poder con arreglo a pautas democráticas, es bastante generalizada la situación de debilidad institucional. Esto frena los procesos de modernización social y desdibuja elementos estructurales básicos en las sociedades institucionalmente vertebradas, como son las funciones de legislar, de controlar, de juzgar o los principios de responsabilidad pública y de participación ciudadana en los asuntos de interés general. Esta debilidad institucional se manifiesta en la emergencia de movimientos sociales que se articulan fuera de los cauces tradicionales de participación, como los partidos políticos, y los estudios sociológicos reflejan repetidamente la falta de aprecio de las instituciones por parte de los ciudadanos" (Suárez Pertierra, 2004).

33 Vid. E/CN/.4/Sub.2/2005/36, 11 de julio de 2005.

34 http://www.es.amnesty.org/temas/menores/pagina/infancia-y-derechos-humanos/.

35 http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm.

El ámbito americano no se encuentra entre las regiones del mundo donde la mutilación genital está más extendida. No obstante, el Informe de 2002 de la relatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias[36], señala que existe la sospecha de que algunos grupos indígenas de América Central y América del Sur la practican. Pese a ello, la Convención interamericana no hace referencia explícita a la mutilación, aunque dicha práctica encaja, perfectamente –tal y como se ha señalado–, con la definición de violencia establecida en el artículo 1. Además, la mutilación genital resulta incompatible con muchos de los derechos que se consagran en el texto de la Convención. El artículo 6, por ejemplo, en su apartado 6.b), hace referencia al "(…) derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación"[37]. En consecuencia, los Estados partes se comprometen, entre otras medidas, a adoptar programas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer"[38].

• África

El continente africano es una de las regiones del mundo donde la práctica de la mutilación genital femenina se encuentra más extendida. A tenor de los datos facilitados en 2005 por la relatora especial sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas, se continúa practicando en 26 países africanos[39].

Las iniciativas promovidas con el fin de erradicar la violencia contra la mujer y su desigualdad y discriminación en el continente africano se han concretado jurídicamente en una referencia genérica a dicha cuestión que se encuentra en el artículo 18.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981[40]. A ello hay que sumar el Protocolo a la misma, de 11 de julio de 2003[41], en el que prioritariamente se hace referencia a la necesidad de promover la dignidad, la igualdad y los derechos de la mujer.

El Protocolo a la Carta africana establece la necesidad de erradicar las prácticas nocivas que atentan contra los derechos y la dignidad de las mujeres y, en este sentido, alude explícitamente en su artículo 5.b) a la mutilación genital femenina. Al respecto, señala el compromiso, asumido por los Estados parte, de desarrollar políticas legislativas que favorezcan la erradicación de esta práctica consuetudinaria. Y, entre las medidas que hay que adoptar, menciona la necesidad de promulgar leyes que prohíban tanto la mutilación genital feme-

36 E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002.
37 http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm.
38 *Vid.* artículo 8.b) de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 9 de junio de 1994. Ibídem.
39 *Vid.* E/CN/.4/Sub.2/2005/36, 11 de julio de 2005.
40 El artículo 18.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos dispone: "El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales". http://www.acnur.org/biblioteca/ pdf/1297.pdf.
41 http://www.achpr.org/english/_info/women_en.html.

nina como su posible "medicalización"[42], es decir, su práctica en centros hospitalarios y con la intervención de personal médico y sanitario. Además, el Protocolo menciona otros métodos también necesarios para luchar contra este tipo de práctica tribal, como la importancia de desarrollar programas de información y educación sobre las consecuencias que comporta esta práctica y otras similares para la salud de la mujer; la elaboración de programas de apoyo psicológico, legal y médico a las víctimas; y la articulación de mecanismos de protección para las mujeres que tengan el riesgo de sufrir estas agresiones.

Pese a lo expuesto, diversos organismos de las Naciones Unidas siguen denunciando el incumplimiento reiterado de las disposiciones contenidas en la Carta Africana[43]. Dicho incumplimiento afecta, en general, al reconocimiento de los derechos y de la dignidad de la mujer y, en particular, a la mutilación genital, tanto en relación con su prohibición legal como en cuanto a la persecución de quienes la realizan.

La existencia de un instrumento jurídico de carácter internacional y vinculante como es la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y su Protocolo no deja de tener una gran importancia. No obstante, su falta de eficacia real y la escasa implantación de sus disposiciones en la legislación interna de los Estados que la han ratificado muestra la necesidad de seguir trabajando por el reconocimiento de los derechos y de la dignidad de la mujer en todas las latitudes, así como la importancia de continuar denunciando su vulneración[44].

• Estados árabes

Otro instrumento jurídico elaborado en un marco regional que conviene mencionar es la Carta Árabe de Derechos Humanos, aprobada por la Comisión Árabe para los Derechos Humanos de la Liga de Estados Árabes en 1994 y revisada en 2004[45]. Dicho documento, en su artículo 39[46], hace referencia al derecho a la salud, y señala que los Estados parte adoptarán las medidas que resulten necesarias para luchar contra las prácticas tradicionales que afectan a la salud de la persona. En este sentido, es evidente que la mutilación genital femenina daña la salud de la mujer, puesto que causa problemas serios que repercuten tanto en su salud psíquica como en su salud física, y tiene graves con-

42 En contra de la "medicalización" de la mutilación genital femenina también se ha pronunciado la OMS. http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/mujer/fs241.html.

43 *Vid.* Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina, del Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, Ed. Bernard & Co, Siena 2005.

44 UNICEF, en su Informe sobre el estado mundial de la infancia 2007: la mujer y la infancia, pone de manifiesto la gran desigualdad entre géneros que existe en determinadas regiones del mundo y su incidencia notable sobre la infancia. El citado Informe relaciona estrechamente la pobreza infantil y la discriminación de la mujer. *Vid.* http://www.unicef.es/contenidos/566/index.htm?idtemplate=1.

45 La iniciativa de actualizar el texto de la Carta Árabe de los Derechos Humanos es fruto de la Decisión 6302/119 (Part II), de 24 de marzo de 2003, del Consejo de la Liga de Estados Árabes. El texto final fue adoptado por la Comisión Árabe para los Derechos Humanos en enero de 2004. *Vid.* http://www.droitshumains.org/Biblio/Txt_Arabe/modernisation.htm.

46 El artículo 39 de la Carta Árabe de Derechos Humanos dispone:
a) Les États parties reconnaissent le droit qu'a tout membre de la société de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qui puisse être atteint et le droit du citoyen de bénéficier gratuitement des services de santé de base et d'accéder aux centres de soins médicaux sans discrimination aucune; b) Les mesures que les États parties prendront comprennent les suivantes: (...).
4. Lutte contre les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé de la personne.
Vid. http://www.droitshumains.org/Biblio/Txt_Arabe/modernisation.htm.

secuencias en el ámbito de la sexualidad femenina en lo concerniente a la capacidad reproductiva de la mujer[47].

La mutilación genital se realiza en algunos Estados árabes como los Emiratos Árabes Unidos[48]. Por ello, tal y como se ha señalado anteriormente, la existencia de instrumentos jurídicos de carácter internacional y vinculante en los que dicha práctica se rechaza, directa o indirectamente, tiene una cierta relevancia.

La condena de las prácticas consuetudinarias que afectan a la salud de la persona en el ámbito internacional, regional y universal evidencia la importancia de proteger los derechos individuales por encima de las prácticas tradicionales de la comunidad o de las normas consuetudinarias del grupo étnico, religioso o tribal. Sin embargo, la consecución de dicho propósito queda, en ocasiones, en un mero *desideratum* recogido en los textos internacionales.

El cuarto Informe anual sobre el desarrollo humano en el mundo árabe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de diciembre de 2006[49], corrobora la visión referida. Entre otras cuestiones, se denuncia la desigualdad que padece la mujer árabe, especialmente en el ámbito más íntimo, en el ámbito familiar y conyugal.

La lucha contra la mutilación genital de las mujeres y de las niñas se inserta, en definitiva, en la propia lucha por el reconocimiento de la igualdad de la mujer; igualdad en lo relativo a sus derechos y en lo referente a su dignidad como persona.

• Europa

En el marco jurídico europeo, al igual que sucede en otros ámbitos regionales, se han llevado a cabo diversas iniciativas contra la mutilación genital femenina. En este sentido, cabe destacar los documentos elaborados en el seno del Consejo de Europa que se refieren a esta práctica como una forma de violencia contra la mujer y las distintas acciones que se están impulsando desde la Unión Europea para potenciar determinadas políticas en materia de salud y de sexualidad en los países en vías de desarrollo.

A) El Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha manifestado su preocupación y ha condenado la mutilación genital femenina en la Resolución 1247 de la Asamblea Parlamentaria, de 22 mayo de 2001[50].

El interés que subyace tras dicho texto va más allá de la mera condena de estas prácticas a nivel europeo. Preocupa su relación con el fenómeno migratorio. De hecho, el incremento

47 Tal y como señala E. Valenciano, "Cuando no produce la muerte por hemorragia o por infecciones derivadas –por ejemplo, la transmisión del VIH o el contagio de la hepatitis C provocados por la utilización del mismo instrumental para múltiples operaciones sin la debida esterilización–, la mutilación de los genitales femeninos deja secuelas irreversibles, tales como esterilidad, lesiones de los tejidos adyacentes, lesiones renales, quistes, cálculos, frigidez, depresión, ansiedad, psicosis... y graves problemas durante las menstruaciones, las micciones, el coito, el embarazo y el parto". (Valenciano, 2001).

48 *Vid*. http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/uae_statistics.html.

49 *Vid*. La ONU certifica la discriminación legal de las mujeres árabes, en *El País* de 7 de diciembre de 2006.

50 Vid. http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta01/ERES1247.htm.

de este tipo de agresiones contra las mujeres y las niñas en los Estados miembros del Consejo de Europa se reconoce, en la propia resolución, como un problema por resolver, debido a la creciente recepción de inmigrantes procedentes de lugares en los que dichas prácticas se llevan a cabo como tradición, costumbre o ritual[51].

La resolución explicita que la mutilación genital es, en definitiva, una forma de tortura contra la mujer, y afirma, sin ambages, que constituye una práctica inhumana y degradante, incluso si se realiza en condiciones higiénicas y por personal médico o sanitario. Esta precisión tiene una gran importancia, pues resulta inaceptable la utilización de argumentos de control médico como alternativa a la condena y tipificación penal de lo que constituye claramente una agresión. En este mismo sentido, se pronuncia, como se recordará, el Protocolo a la Carta africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, al prohibir la denominada "medicalización" de la mutilación genital.

Por lo que se refiere a los métodos para luchar contra la mutilación genital, la resolución 1247 del Consejo de Europa realiza un llamamiento a los Estados miembros, principalmente, para que:

– prohíban en sus respectivas legislaciones la mutilación genital femenina por constituir una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de la mujer;

– flexibilicen su legislación con el objeto de que se garantice el derecho de asilo a las mujeres y a las niñas que puedan ser víctimas de estas prácticas tradicionales;

– persigan a los que lleven a cabo estas prácticas y a sus cómplices, incluidos los miembros de la familia de la víctima, si están implicados, y al personal médico o sanitario, si lo hubiera;

– propicien el desarrollo de campañas de información que muestren cómo dichas prácticas atentan contra la dignidad, la integridad y los derechos de la mujer;

– informen a los jóvenes de las consecuencias que conlleva la mutilación genital femenina en materia de salud y de sexualidad, a través de programas de educación;

– y ratifiquen todos los instrumentos jurídicos de relevancia internacional que, directa o indirectamente, condenen estas prácticas, desde la defensa de los derechos de la mujer y de la infancia.

En esta misma línea se enmarca también la Recomendación nº 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de abril de 2002, relativa a la protección de la mujer contra la violencia. En ella se solicita de los Estados miembros una explícita condena de la mutilación genital femenina y se incluye su realización en el concepto de violencia contra la mujer. Por consiguiente, como tal debe ser considerada y condenada.

51 Recientemente, el 6 de febrero de 2006, y con motivo del Día Mundial de Tolerancia Cero a la Mutilación Genital Femenina, el diario *El País* se hacía eco de la extensión de esta práctica a nivel mundial. Según la información difundida, se sigue realizando en el continente africano, y también en comunidades inmigrantes de Europa, Norteamérica y Australia.

Entre las medidas que hay que seguir, la Recomendación alude al desarrollo de políticas legislativas que condenen esta práctica ritual, al diseño de programas de protección y de atención a las víctimas, a la educación de los jóvenes para que se posibilite la superación de la violencia contra la mujer en las generaciones futuras, a la formación de profesionales que trabajen junto a las personas agredidas y, también, a la promulgación de normas, de orden civil y penal, que permitan la persecución y el procesamiento de los agresores.

El Consejo de Europa apuesta, en definitiva, por la aplicación de políticas legislativas que tipifiquen y prohíban la mutilación y, además, persigan a quienes la practican. A esto se añade la necesidad de desarrollar programas educativos, informativos y de asistencia que contribuyan a erradicar esta práctica desde la concienciación de las comunidades y los grupos que la realizan y a través de la difusión de información sobre sus consecuencias.

B) La Unión Europea

La Unión Europea también se ha pronunciado en torno a la problemática de la mutilación genital femenina. En concreto, mediante la Resolución del Parlamento Europeo 2035/2001 sobre las mutilaciones genitales femeninas y a través del Reglamento (CE) nº 1567/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo a la ayuda para políticas y acciones sobre la salud y derechos en materia de reproducción y sexualidad en los países en desarrollo[52].

La Resolución del Parlamento Europeo parte de la consideración de la mutilación genital como una violación de los derechos humanos y, en este sentido, pide a los Estados que modifiquen su legislación con el objeto de perseguir a quienes la realicen. Al mismo tiempo, incide en un aspecto de gran importancia, pues se opone a los argumentos que proponen posibilitar a los inmigrantes la realización de esta práctica en los Estados miembros, pero bajo estricto control médico. En este sentido, se señala que dicha permisividad no supondría sino una justificación implícita de la mutilación genital en el territorio de la Unión. Justificación que resulta, en todo caso, inaceptable, pues la mutilación de los genitales de la mujer es, en definitiva, un atentado contra sus derechos humanos. Al respecto, la resolución propone toda una serie de medidas que hay que seguir que coinciden con las previstas en otros ámbitos y que tienden a fomentar programas de educación y concienciación contra la mutilación genital, a propiciar el desarrollo de políticas legislativas que permitan su tipificación penal y a elaborar campañas de información que puedan ser comprendidas por las comunidades en las que todavía se llevan a cabo estas prácticas.

En esta misma línea de acción se encuentra también el Reglamento 1567/2003 del Parlamento y del Consejo. En él se prevén una serie de subvenciones comunitarias destinadas a financiar acciones en materia de salud reproductiva y sexual en los países más pobres y menos desarrollados del planeta. Entre ellas, destacan las destinadas a "luchar contra prácticas nocivas para la salud sexual y reproductiva de las mujeres, adolescentes y niños, como, por ejemplo, la mutilación genital de las mujeres (...)[53]"

52 *Vid.* DO L 224/1, de 6 de septiembre de 2003.

53 *Vid.* artículo 3, apartado d) del Reglamento (CE) nº 1567/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003.

Esta medida adoptada en el seno de la Unión Europea tiene una relevancia notable, porque condena la mutilación genital de las mujeres y las niñas y refuerza económicamente las acciones tendentes a la erradicación de dicha práctica.

Un aspecto destacable es el relativo a los destinatarios de estas acciones de cooperación que, según dispone el artículo 6 del Reglamento, pueden ser tanto autoridades administrativas nacionales, regionales y locales de los Estados en desarrollo, como comunidades locales, organizaciones no gubernamentales, institutos de investigación, universidades y también organizaciones internacionales. En todo caso, cualquier convenio de financiación o contrato que se lleve a cabo estará sujeto a la supervisión y control financiero de la Comisión, que, además, podrá realizar inspecciones y comprobaciones de su aplicación sobre el terreno (art. 7).

La cooperación y la financiación son medidas que tienen gran relevancia[54]. Únicamente es posible avanzar con firmeza en la lucha contra las prácticas consuetudinarias que afectan a la salud de las mujeres desde la elaboración de programas de educación e información sanitaria que requieren tanto medios humanos como medios económicos. Las medidas jurídico-penales revisten también una importancia notable, que no es posible desconocer, pero una visión de futuro impone centrar la atención en la difusión y el conocimiento sobre los perjuicios que la mutilación comporta. Perjuicios no sólo para la mujer agredida, que se convierte en víctima inocente, sino para toda la comunidad, puesto que con este tipo de agresiones se asiste, en definitiva, al sacrificio de la dignidad del ser humano.

2.3 Derecho nacional

La lucha contra la mutilación genital femenina en el ámbito internacional tiene una incidencia clara en las legislaciones nacionales. Los diversos instrumentos jurídicos que se han analizado (Convenciones, Recomendaciones, etc.) instan a los Estados a promulgar leyes internas que prohíban su práctica y que condenen a quienes la realizan.

En el marco europeo, la condena y/o tipificación penal de la mutilación genital femenina se encuentra ampliamente generalizada. Las fórmulas jurídicas empleadas han sido diversas: unos países han optado por promulgar leyes específicas para prohibir y penalizar su práctica; otros han modificado sus legislaciones penales para incluirla como delito, y otros han aplicado tipos penales ya existentes para condenar a quienes la realizan.

Entre los Estados que han promulgado leyes *ad hoc* para condenar y prohibir la mutilación genital femenina cabe destacar a Suecia, que fue el primer país en responder jurídicamente prohibiendo y tipificando penalmente dicha práctica.

La Ley sueca de 1982 (Act Prohibiting the Genital Mutilation of Women, 1982:316[55]) prohibía y castigaba la mutilación, pero fue su modificación posterior, en 1998[56], la que estableció las

54 *Vid.* C. Villán Durán (2002).
55 http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=196&tipo=1.
56 Ley 1998:407.

penas de privación de libertad vigentes en la actualidad y que pueden llegar hasta los diez años de prisión, en función de la gravedad y las consecuencias que se sigan de su realización.

La legislación sueca en materia de protección de menores ha completado la regulación contra la mutilación genital femenina. Mutilar a una menor puede justificar la intervención de la autoridad pública sueca y la pérdida de la patria potestad o tutela de los adultos a cuyo cargo se encuentre. Además, todos los profesionales que, por su trabajo, tengan relación con menores se encuentran obligados a denunciar las situaciones en las que detecten que existe el peligro de que se practique la mutilación genital a una menor[57].

El Reino Unido también ha condenado explícitamente la mutilación genital. La Ley sobre mutilación genital femenina, de 30 de octubre de 2003[58], que sustituye a la Ley sobre Prohibición de la Circuncisión femenina, de 1985, prevé penas de hasta catorce años de prisión y/o multa[59] para quienes realicen esta práctica ritual. Además, los tribunales británicos tendrán competencia para conocer de estos delitos –aunque se cometan fuera de su territorio– cuando el autor sea un nacional o resida con carácter permanente en el Reino Unido (art. 4.1). La Ley británica, tal y como dispone en su artículo 8, no tiene aplicación en Escocia, puesto que los escoceses cuentan con una Ley específica que condena este tipo de agresiones. La Ley escocesa –Prohibition Female Genital Mutilation (Scotland) Act[60] de 1 de julio de 2005– tipifica penalmente la mutilación genital de las mujeres y las niñas en los mismos términos que la Ley británica, esto es, con penas de privación de libertad de hasta 14 años y/o multa[61] y reconociendo la competencia extraterritorial de los tribunales cuando la mutilación se realice por un nacional del Reino Unido o un residente habitual (art. 4.1)[62].

Otros Estados europeos han optado por adaptar sus legislaciones para tipificar penalmente la mutilación genital de las mujeres y las niñas. Por ejemplo, en Bélgica, la Ley de 28 de noviembre de 2000, sobre protección penal de menores, ha modificado el Código Penal y ha introducido un nuevo tipo delictivo, en el artículo 409, que prevé penas de privación de libertad de hasta quince años de prisión si, como consecuencia de la mutilación genital, se causa la muerte involuntaria de la víctima[63]. Dinamarca también ha modificado

57 *Vid.* Adam Muñoz (2003).

58 *Vid.* http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2003/20030031.htm.

59 El artículo 5 de la Ley sobre Mutilación Genital Femenina, de 30 de octubre de 2003, establece: "Penalties for offences. A person guilty of an offence under this Act is liable (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years or a fine (or both), (b) on summary conviction, to imprisionment for a term no exceeding six months or a fine not exceeding the statutory maximum (or both)". Ibídem.

60 http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2005/20050008.htm#2.

61 *Vid.* artículo 5 de la Ley escocesa Prohibition Female Genital Mutilation (Scotland) Act,, de 1 de julio de 2005. Ibídem.

62 Artículo 4.1 de la Ley escocesa Prohibition Female Genital Mutilation (Scotland) Act, de 1 de julio de 2005. Ibídem.

63 El texto del artículo 409 del Código Penal belga, modificado por Ley de 28 de noviembre de 2000, establece: "1. Cualquiera que haya practicado, facilitado, ayudado a toda forma de mutilación de los órganos genitales de una persona de sexo femenino, con o sin su consentimiento, será castigado con una pena de 3 a 5 años de prisión. La tentativa será castigada con una pena de prisión de ocho días a un año. 2. Si la mutilación se ha practicado sobre una menor, con o sin ánimo de lucro, la pena será de cinco a siete años de reclusión. 3. Cuando la mutilación haya causado una enfermedad incurable o una incapacidad permanente de trabajo personal, la pena será de cinco a diez años de reclusión. 4. Cuando la mutilación haya causado muerte no intencional, la pena será de diez a quince años de reclusión. 5. Si la mutilación del párrafo 1 se ha realizado sobre una menor o una persona que, en razón de su estado físico y mental, no pueda valerse por sí misma, ni por su padre o por su madre o por otros ascendientes, el mínimo de las penas establecidas en los párrafos 1 a 4 será doblado si se trata de penas de prisión y aumentadas en dos años si se trata de reclusión".
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=19&tipo=1.

su legislación con el objeto de condenar y penalizar la mutilación genital femenina. La Ley nº 386, de 28 de mayo de 2003, que modifica el Código Penal danés, introduce una nueva sección –sección 245 a–, en la cual se establecen penas de seis años de prisión para quienes realicen la mutilación genital con o sin el consentimiento de la mujer[64].

Italia es otro de los países que ha modificado en fecha reciente su legislación penal con el objeto de incluir explícitamente el delito de la mutilación genital. La Ley nº 7, de 9 de enero de 2006, sobre Disposiciones concernientes a la prevención y prohibición de las prácticas de mutilación genital femenina, ha modificado el Código Penal italiano, añadiendo dos nuevos artículos –583 (bis) y 583 (ter)– relativos a las prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos[65]. Las penas de privación de libertad que se prevén serán de cuatro a doce años, pero podrán llegar a ser de dieciséis años en los supuestos en los cuales la víctima de la mutilación sea una menor. La reforma italiana también contempla la posibilidad de que los tribunales italianos conozcan de estos delitos si se comenten en el extranjero por un ciudadano italiano o por un extranjero residente en Italia.

En esta misma línea de actuación se enmarca la modificación legislativa que ha permitido tipificar esta práctica iniciática en España. En concreto, la reforma del Código Penal español se ha introducido a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros[66]. El artículo 1.6 de dicha Ley establece la nueva redacción del artículo 149.2 del Código Penal, que reza como sigue:

> "El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz"[67].

64 *Vid.* Miller (2004).

65 Los artículos 583 (bis) y 583 (ter) del Código Penal italiano establecen que:
"Art. 583-bis. - (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili). – Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.
Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità.
La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro.
Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.
Art. 583-ter. – (Pena accessoria). – La condanna contro l'esercente una professione sanitaria per taluno dei delitti previsti dall'articolo 583-bis importa la pena accessoria dell'interdizione dalla professione da tre a dieci anni. Della sentenza di condanna è data comunicazione all'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri". *Vid.* Ley n. 7, de 9 de enero 2006, sobre "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", Gazzetta Ufficiale n. 14 del 18 de enero 2006.

66 *Vid.* BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

67 Ibídem.

La modificación del Código Penal español y la tipificación de la mutilación genital femenina como delito viene, entre otras cuestiones, a enfrentar algunos de los problemas que conlleva la creciente recepción de inmigrantes en nuestro país procedentes de culturas diversas a la occidental. Es un hecho incontestable que la afluencia de flujos migratorios procedentes, de manera significativa, del continente africano ha suscitado nuevas realidades. Tal circunstancia es evidente que demanda respuestas específicas del ordenamiento jurídico y la mutilación genital femenina forma parte de estas nuevas realidades que requieren una contundente y firme respuesta normativa.

No es posible, como bien dispone el preámbulo de la Ley Orgánica referida, justificar estas prácticas con argumentos pretendidamente religiosos o culturales. En concreto, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina[68], posibilita que la jurisdicción española conozca de aquellos hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, siempre que, según la ley penal española, dichos hechos sean constitutivos de determinados delitos. Entre ellos, se incluye la mutilación genital femenina, de la cual conocerán los tribunales españoles siempre que los responsables se encuentren en España[69].

Con dicha novedad legislativa, de dimensión jurisdiccional, se incorpora el principio de justicia universal[70] a nuestro ordenamiento jurídico. Y ello supone que será posible juzgar en España a personas no nacionales que cometan este tipo de delito en el extranjero, pero siempre que se encuentren en territorio español. Este supuesto no es infrecuente. Pensemos, por ejemplo, en unos padres inmigrantes que se llevan a su hija menor a su país de origen, allí le practican una mutilación genital, y posteriormente regresan a España. En dicho supuesto, los tribunales españoles tendrían competencia para conocer de los hechos cometidos por estos extranjeros en su país de origen y, según lo referido anteriormente, puede conllevar no sólo pena de prisión, sino la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Por último, hay Estados europeos que han condenado la mutilación genital recurriendo a tipos delictivos previstos en su legislación penal. Éste es el caso de Francia, que ha condenado la práctica de la mutilación genital, incluyéndola en el tipo genérico de la mutilación de cualquier parte del cuerpo. A través de dicho tipo delictivo, la Corte de Casación francesa, en un pronunciamiento de 1983, llegó a procesar a una mujer que había practicado la ablación del clítoris a su hija. El Código Penal francés condena la mutilación estableciendo penas que van desde los diez años de prisión y una multa de 150.000 euros (art. 222.9), hasta quince años de prisión, si la víctima es una menor de quince años (art. 222-10). Además, si la mutilación causa la muerte involuntaria de la víctima, la pena puede ser de hasta quince años de prisión (art. 222-7), o de hasta veinte años cuando la víctima sea una menor de quince años (art. 222-8)[71].

68 *Vid.* BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.
69 *Vid.* artículo 23.4 .g) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio. Ibídem.
70 Al respecto, *vid.* Sánchez Patrón (2006).
71 *Vid.* http://www.femmes-egalite.gouv.fr/grands_dossiers/dossiers/violences/mutilations.htm.

El compromiso del Estado francés en la lucha contra la mutilación genital se constata también en la determinación de la competencia de los tribunales franceses para conocer de este tipo de delitos. En este sentido, el artículo 222-16-2 del Código Penal francés extiende la aplicación de la ley francesa a los supuestos en los cuales el delito se ha cometido en el extranjero y la víctima es una menor que reside habitualmente en Francia[72]. Además, en el apartado primero del artículo 226-14 del Código Penal, se establece la posibilidad de que los médicos franceses infrinjan el secreto profesional cuando existan claras evidencias de la realización de una mutilación genital a una menor[73].

Alemania y los Países Bajos han seguido también la política francesa de incluir el delito de mutilación genital en determinados tipos penales ya previstos por su legislación. Así, el Código Penal alemán, en sus artículos 226 y 227, establece penas de privación de libertad de hasta diez años para quienes cometan cualquier tipo de agresión sobre el cuerpo que dañe algún órgano o función corporal y, en dicho supuesto, incluye la capacidad reproductiva[74]. Por su parte, el Código Penal holandés prevé penas de hasta quince años de prisión cuando el resultado de la agresión corporal tenga como resultado la muerte de la víctima[75].

---

72 Ibídem.

73 Ibídem.

74 El texto de los artículos 226 y 227 del Código Penal alemán, de agosto de 2001, establece que:
"Section 226-Serious Bodily Injury:
(1) If the bodily injury has, as a result, that the injured person 1. loses his sight in one eye or in both eyes, his hearing, his speech or his procreative capacity; 2. loses or permanently can no longer use an important bodily member; 3 is permanently disfigured in a substantial way or becomes infirm, paralysed, mentally ill or disabled, then the punishment shall be imprisonment for one year to ten years. (2) If the perpetrator intentionally or knowingly causes one of the results indicated in subsection (1), then the punishment shall be imprisonment for not less than three years. (3) In less serious cases under subsection (2), imprisonment from six months to five years shall be imposed, in less serious cases under subsection (2), imprisonment from one to ten years.
Section 227-Bodily Injury Resulting in Death:
(1) If the perpetrator causes the death of the injured person through the infliction of bodily injury (Sections 223 to 226), then the punishment shall be imprisonment for not less than three years. (2) In less serious cases imprisonment from one year to ten years shall be imposed".
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=76&tipo=1.

75 El Título XX del Código Penal holandés relativo a las agresiones físicas establece en sus artículos que:
"Article 300
1. Physical abuse is punishable by a term of imprisonment of not more than two years or a fine of the fourth category.
2. Where serious bodily harm ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than four years or a fine of the fourth category.
3. Where death ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than six years or a fine of the fourth category.
4. Intentionally injuring a person's health is equivalent to physical abuse.
5. An attempt to commit the serious offense of physical abuse is not punishable.
Article 301
1. Premeditated physical abuse is punishable by a term of imprisonment of not more than three years or a fine of the fourth category.
2. Where serious bodily harm ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than six years or a fine of the fourth category.
3. Where death ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than nine years or a fine of the fifth category.
Article 302
1. A person who intentionally inflicts serious bodily harm on another person is guilty of aggravated physical abuse and is liable to a term of imprisonment of not more than eight years or a fine of the fifth category.
2. Where death ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than ten years or a fine of the fifth category.

Al margen de Europa, pero en el ámbito cultural occidental, cabe destacar también la existencia de una condena explícita de la mutilación genital femenina tanto en los Estados Unidos como en Canadá. En el caso estadounidense, existe una Ley federal, de 13 de julio de 1995, de prohibición de la mutilación genital femenina[76], y la Sección 644 y 645 de la Public Law 104-208, de 30 de septiembre de 1996, considera dicha práctica como una lesión de los derechos fundamentales de las mujeres[77].

Canadá se ha sumado a la lucha contra la mutilación genital de las mujeres y las niñas, y ha modificado su Código Penal mediante una Ley de abril de 1997. Tras dicha modificación legislativa, el Código Penal canadiense establece penas de privación de libertad que pueden alcanzar los catorce años de prisión[78].

Todo lo anterior muestra la condena que existe en Europa y en el ámbito cultural occidental respecto de esta práctica tribal que atenta contra la dignidad misma de la mujer. Las reformas legislativas referidas y el desarrollo de leyes *ad hoc* en muchos Estados, condenando y tipificando penalmente su realización, son buena muestra de ello. No obstante, las condenas por la comisión de este delito son prácticamente inexistentes, y ello pone de manifiesto la insuficiencia de la norma penal en esta materia.

Una prueba evidente de la relatividad que comporta el desarrollo de políticas legislativas de carácter penal es el hecho de que la mutilación genital femenina se encuentra también legalmente prohibida y tipificada penalmente en buena parte de los Estados en los que su realización está más ampliamente extendida.

Article 303
1. Premeditated aggravated physical abuse is punishable by a term of imprisonment of not more than twelve years or a fine of the fifth category.
2. Where death ensues as a result of the act, the offender is liable to a term of imprisonment of not more than fifteen years or a fine of the fifth category.
Article 304
The terms of imprisonment prescribed in articles 300-303 may be increased by one third in the following cases:
(1) wherethe offender commits the serious offense against his mother, his legal father, his spouse or his child;
(2) wherethe serious offense is committed against a public servant during or in connection with the lawful execution of his duties;
(3) wherethe serious offense is committed by administering substances injurious to life or health".
Vid. http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=160&lid=959.

76 http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=216&tipo=1.

77 Ibídem.

78 El artículo 268 del Código penal Canadiense establece:
"268. (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.
(2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.
(3) For greater certainty, in this section, "wounds" or "maims" includes to excise, infibulate or mutilate, in whole or in part, the labia majora, labia minora or clitoris of a person, except where:
(a) a surgical procedure is performed, by a person duly qualified by provincial law to practise medicine, for the benefit of the physical health of the person or for the purpose of that person having normal reproductive functions or normal sexual appearance or function; or
(b) the person is at least eighteen years of age and there is no resulting bodily harm.
(4) For the purposes of this section and section 265, no consent to the excision, infibulation or mutilation, in whole or in part, of the labia majora, labia minora or clitoris of a person is valid, except in the cases described in paragraphs (3)(a) and (b)".
Vid. http://lois.justice.gc.ca/en/C-46/280750.html.

En el ámbito africano, Estados como Benín[79], Yibuti[80], Sudán[81], Uganda[82], Burkina Faso[83], Egipto[84], Ghana[85], Senegal[86], Tanzania[87], Costa de Marfil[88], Etopía[89] y Guinea[90] cuentan con normas que prohíben –en algunos casos muy laxamente– la práctica de la mutilación genital femenina. Por el contrario, países como Chad, Gambia, Guinea Bissau, Madagascar, Níger, Congo, Kenia, Malí, Camerún, Liberia, Mauritania o Sierra Leona no disponen de legislación específica que condene dicha práctica.

Algunos de los Estados africanos que no cuentan con legislación específica para prohibir la mutilación genital femenina afirman que su condena se puede reconducir a través de tipos penales ya previstos. Sin embargo, lo cierto es que su práctica está notablemente extendida incluso en los países que cuentan con una norma de carácter penal a tal efecto.

79 La Asamblea Nacional de la República de Benín, el 21 de enero de 2003, aprobó la Ley nº 2003-03, de 14 de mayo, de represión de la mutilación genital femenina, estableciendo penas pecuniarias y de prisión de seis meses a tres años.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=21&tipo=1.

80 Yibuti establece en su Código Penal de 1991, en el artículo 333, penas pecuniarias y de prisión de cinco años para quienes realicen la práctica de la mutilación genital femenina.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=55&tipo=1.

81 En Sudán el Ministerio de Salud lanzó una campaña contra la mutilación genital femenina, en 1946, y aprobó una Ley que prohíbe la infibulación –la práctica más agresiva–, aunque permite la *sunna* o circuncisión, que consiste en el corte del prepucio o pliegue mucoso del clítoris. La ley era fundamentalmente una respuesta al poder británico colonial y su cumplimiento ha tenido poca aplicación en la práctica.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=231&tipo=1.

82 La Ley sobre el menor de Uganda, Ley nº 6 de 1996, en su artículo 8, prohíbe las prácticas sociales y/o consuetudinarias que afectan a la salud de los menores.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=213&tipo=1.

83 El Código Penal de Burkina Faso condena con penas pecuniarias y de prisión de seis meses a tres años a quienes lleven a cabo la mutilación genital femenina y, en los supuestos en los que la víctima fallece, la pena puede alcanzar los diez años de prisión.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=31&tipo=1.

84 Mediante Orden nº 261, de 8 de julio de 1996, del Ministerio de Salud egipcio, se establece la prohibición de realizar la práctica de la mutilación genital femenina en hospitales públicos y clínicas privadas. *Vid.* Office of Asylum Affairs, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, U.S. Department of State, Female Genital Mutilation (FGM) in Egypt, 1997, p. 3.

85 El Código Penal de Ghana establece una pena de prisión de hasta tres años para quienes llevan a cabo la práctica de la mutilación genital femenina.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=77&tipo=1.

86 La Asamblea Nacional aprobó en enero de 1999 la Ley nº 6-99, que modifica el artículo 299 del Código Penal senegalés, el cual establece penas de seis meses a cinco años para quienes realicen la mutilación genital femenina.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=179&tipo=1.

87 En Tanzania, una Ley de 1998 sobre establecimiento de delitos sexuales especiales, modificó el Código Penal, añadiendo un nuevo apartado al artículo 169, en el cual se prevén penas de prisión de cinco a quince años para quienes realicen la mutilación genital femenina en niñas menores de edad.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=200&tipo=1.

88 En mayo de 1998, la Asamblea Nacional de Costa de Marfil adoptó una Ley –nº 98757– prohibiendo ciertas formas de violencia contra las mujeres, que incluyen la práctica de la mutilación genital. Dicha norma castiga con penas pecuniarias y de prisión de hasta cinco años a quienes la realicen. Si la víctima muere, la pena puede llegar a los veinte años de prisión. Y, si la mutilación la lleva a cabo un médico, la condena puede comportar la inhabilitación para ejercer la medicina durante un plazo máximo de cinco años. Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commit ments.jsp?id Menu=1,4&idNat=49&tipo=1.

89 El artículo 35 de la Constitución de Etiopía de 1994 prohíbe las prácticas consuetudinarias que causan daño en la salud física y psíquica de la mujer.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=64&tipo=1.

90 La Asamblea Nacional de la República de Guinea aprobó, en el año 2000, la Ley L/2000/010/AN sobre salud reproductiva, la cual, en su artículo 13, establece que quienes practiquen la mutilación genital femenina serán procesados penalmente.
Vid. http://www.stopfgm.org/stopfgm/national/commitments.jsp?idMenu=1,4&idNat=86&tipo=1.

El problema, denunciado reiteradamente por diversos organismos internacionales y ONG, reside en que, pese a la existencia de normas que prohíben la mutilación y castigan a sus autores, la realidad muestra que no se suelen aplicar. Muchos de los Estados en los que se realiza la mutilación genital han promulgado leyes contra esta práctica ancestral y tribal, pero, en algunas ocasiones, la única finalidad de dicha legislación es la de maquillar, ante la Comunidad internacional, una realidad que sigue implantada fuertemente en muchos lugares del mundo y que vulnera los derechos y la propia dignidad de las mujeres y las niñas.

3

Derecho de asilo y reconocimiento de la condición de refugiado en los supuestos de mutilación genital femenina

Las páginas precedentes han permitido mostrar algunas de las iniciativas que se han llevado a cabo con el objeto de erradicar la mutilación genital, iniciativas desarrolladas en el ámbito interno de los Estados y también a instancia de diversos organismos internacionales tanto de ámbito universal como regional. Pese a ello, la realidad evidencia el incumplimiento de las normas internacionales e internas debido a factores múltiples, entre otros, la incapacidad manifiesta de algunos Estados de hacer cumplir su legislación en materias que afectan significativamente a aspectos socioculturales y consuetudinarios, intrínsecamente relacionados con rituales de iniciación y de estatus social.

Es evidente que existen diversas fórmulas de lucha contra la mutilación genital y que cada una de ellas presenta un índice de éxito variable. La condena y tipificación penal de su realización es, ciertamente, necesaria, pero los informes de Naciones Unidas[91] al respecto evidencian que la vía penal contribuye escasamente a su erradicación con perspectiva de futuro. Por el contrario, las acciones tendentes a la transmisión de conocimiento en torno a los daños que su práctica causa en las mujeres, las iniciativas relativas a la difusión de información sobre sus perjuicios y las campañas educativas tienen una mayor proyección. No obstante, la gravedad que comporta la mutilación exige respuestas y políticas legislativas de efecto inmediato. Entre estas últimas, el reconocimiento de la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo se muestra como una opción necesaria cuya plasmación real en los ordenamientos jurídicos debiera trascender la mera oportunidad política. La vigencia de la mutilación genital de la mujer en muchas sociedades pone de manifiesto la pervivencia de una realidad que reclama justicia y que, mucho más allá de ser una cuestión de género, constituye una práctica que cercena la dignidad del ser humano.

91 *Vid.* Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF en Florencia, Italia 2005, 41 a 46.

3.1 Derecho internacional

El derecho de asilo de las mujeres y las niñas que puedan estar en riesgo de sufrir una mutilación genital ha sido una demanda recogida en distintos documentos de diversas organizaciones internacionales, principalmente, de ámbito europeo.

Como ya se mencionó, el Consejo de Europa, en la Resolución 1247 de la Asamblea Parlamentaria de 22 mayo de 2001[92], sobre mutilación genital femenina, ha instado a los Estados a flexibilizar sus legislaciones con el objeto de reconocer dicho derecho. Sin embargo, la relevancia de la Resolución queda en la mera manifestación de un *desideratum*, puesto que –como es sabido– su concreción requiere de acciones determinadas y efectivas en el ámbito interno de los Estados miembros.

Por su parte, la Unión Europea ha iniciado recientemente una acción de política común en materia de asilo[93] que ha establecido criterios mínimos comunes para los Estados que se encuentran recogidos en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesiten otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida[94].

Tal y como se ha señalado, la Directiva citada tiene como objetivo fundamental establecer criterios comunes en el seno de la Unión Europea relativos a la identificación de personas necesitadas de protección internacional. Al mismo tiempo, pretende asegurar un nivel mínimo de beneficios disponibles para dichas personas en los distintos Estados miembros. El propósito perseguido consiste en intentar evitar que se produzcan movimientos de personas entre los Estados que estén provocados por la existencia de diferencias normativas en el reconocimiento legal del estatuto de refugiado y la protección subsidiaria.

Esta iniciativa de armonización legislativa en el seno de la Unión Europea no impide que los Estados puedan establecer disposiciones más favorables en su legislación interna. La Directiva, tal y como se deduce de la naturaleza de las normas mínimas, se limita a determinar criterios básicos que pueden alcanzar cotas más beneficiosas en la legislación nacional.

Por lo que aquí interesa, dos aspectos tratados en la Directiva revierten especial importancia: por un lado, el interés superior del niño, que debe ser una consideración prioritaria de los Estados miembros al aplicar las disposiciones de la misma[95] y, por otro lado, resulta destacable la necesidad de definir con claridad y establecer un concepto único respecto de alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra. Aquélla menciona explícitamente la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un

92 *Vid.* http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta01/ERES1247.htm.
93 *Vid.* Trujillo Herrera (2003).
94 DO nº L 304, de 30 de septiembre de 2004, pp. 0012-0023.
95 *Vid.* Considerando número 12 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesiten otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Ibídem.

determinado grupo social u opiniones políticas y, en el apartado 21 de los considerandos, explicita la conveniencia de concretar el concepto relativo a la pertenencia a un determinado grupo social.

En cuanto al interés del menor, es evidente su incidencia en la cuestión relativa a la mutilación genital, en particular, a las niñas. Las edades en las que se suele practicar son muy tempranas, y ello no sólo debe servir como argumento para agravar el delito de agresión y mutilación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, sino que también debe conllevar el efecto de proteger a las menores mediante el reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho de asilo.

Por otra parte, la cuestión relativa a la pertenencia a un determinado grupo social también afecta a la temática que nos ocupa, pues la ausencia de mención explícita en la Convención de Ginebra a la persecución por razón de género ha forzado su tratamiento a través del concepto genérico de pertenencia a un determinado grupo social. En este sentido, el ACNUR ha señalado en su documento relativo a 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[96], que:

> "(…) un determinado grupo social es un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo, la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos. Por consiguiente, el sexo puede ser subsumido en la categoría de 'grupo social', siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de los hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países. Esta definición también abarca a homosexuales, transexuales y travestidos".

En una línea parecida, aunque no similar, la Directiva comunitaria, al referirse a los motivos de persecución, dispone que:

> "En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual".

A nuestro juicio, las directrices del ACNUR son más oportunas, pues relaciona la pertenencia a un grupo social con el sexo y no con la orientación sexual. El matiz es evidente: la referencia al sexo es comprensiva de la problemática particular que comporta la persecución de género, al tiempo que –como señala el ACNUR– resulta extensiva a otras persecuciones por motivos de orientación sexual. Por el contrario, la referencia de la Directiva a la orientación sexual podría restringirse a la problemática de quienes tienen una orientación homosexual o tran-

96 *Vid.* HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002.

sexual y dejar sin cobertura jurídica la persecución por razón de género, en la que quedaría incluida la persecución para llevar a cabo una mutilación genital. Cierto es, sin embargo, que entre los actos de persecución la propia Directiva contempla explícitamente (art. 9.2.f) los actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. Entre ellos, cabría incluir la práctica de la mutilación genital femenina, puesto que se lleva a cabo en las niñas, entre otros motivos, con el objeto de controlar y someter su sexualidad en la edad adulta, por un lado, garantizando su virginidad antes del matrimonio y el honor de su familia y, por otro, favoreciendo el control de su vida sexual por el esposo.

Además, entre los agentes de persecución, el artículo 6.c) de la Directiva menciona a los agentes no estatales, entre los que podrían incluirse miembros de la familia y/o personas particulares que, en el seno de una determinada sociedad, se dediquen a practicar la mutilación genital femenina. En relación con los agentes no estatales, la Directiva establece que serán tomados en consideración, como agentes de persecución, cuando ni el Estado ni los partidos u organizaciones que controlen el Estado puedan o quieran proporcionar protección contra la persecución que se alegue. Este matiz podría impedir la protección y el reconocimiento del estatuto de refugiado a quienes teman la mutilación genital, pero sean nacionales de un Estado cuya legislación persigue y tipifica penalmente dicha práctica. Sin embargo, la referencia literal recogida en la Directiva establece que se contempla la protección cuando el Estado no quiera o no pueda garantizarla. Es cierto que la existencia de normas internas que condenen la práctica de la mutilación genital ofrece muestras de la voluntad de los Estados por erradicar y perseguir a quienes la realizan. No obstante, la constatación de su realización en determinados Estados y la inexistencia de condenas por ello muestran, cuando menos, la incapacidad de ciertos Estados para garantizar la protección debida. El ACNUR ha sido muy claro en este punto, al hacer referencia a la interpretación del concepto de "temor fundado de persecución" referido en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados[97]. En concreto, ha señalado que:

> "Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ejemplo, la mutilación genital femenina), también podría ser, sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución. *El hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiado de una persona*"[98].

97 El Capítulo I, artículo 1.A, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, al abordar la definición del término "refugiado", señala: "A los efectos de la presente Convención, el término 'refugiado' se aplicará a toda persona: que (…) *debido a fundados temores* de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a 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". 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. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. La cursiva es nuestra.

98 Vid. Directrices del ACNUR 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. HCR/GIP/02/01, de 7 de mayo de 2002. La cursiva es nuestra.

Esta línea de interpretación parece la más adecuada una vez que se evidencia la ausencia de aplicación real de las normas que condenan la mutilación genital en los Estados donde se practica.

Por último, conviene señalar que la política común en materia de asilo, tal y como se plasma en la Directiva de 2004 sobre refugiados y protección internacional, contempla una medida de protección subsidiaria –contemplada en las conclusiones de Tampere[99]– que resulta aplicable a las situaciones en las que objetivamente una persona requiere protección internacional, pero no cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la condición de refugiado.

La protección subsidiaria se reconocerá, según establece el artículo 15 de la Directiva, en el caso de que se aduzca temor a sufrir daños graves, y por éstos se entiende: a) la condena a la pena de muerte o su ejecución; b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen; y c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

A tenor de lo expuesto, es evidente que, en el caso de no reconocerse el estatuto de refugiado ante la amenaza de sufrir una mutilación genital por no encontrarse el género contemplado literalmente entre los motivos de persecución que relaciona la Convención de Ginebra, sí cabría al menos demandar la protección subsidiaria por temor a sufrir daños graves. En este sentido, conviene recordar que la mutilación constituye una práctica identificada con la tortura por la relatora especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas[100].

No obstante, la política legislativa comunitaria debería tender hacia el reconocimiento de la existencia de un tipo de persecución específica que afecta al género y, en concreto, a la

99 En las conclusiones de Tampere, celebradas el 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo pone de manifiesto la necesidad de una política común de la Unión Europea en materia de asilo y migración. Al respecto, señala: "13. El Consejo Europeo reitera la importancia que la Unión y los Estados miembros conceden al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo. El Consejo Europeo ha acordado trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra; de ese modo, se logrará que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufre persecución, lo que significa que se observará el principio de no devolución. 14. A corto plazo, dicho sistema debería incluir la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección. Para ello, se insta al Consejo a que adopte, basándose en propuestas de la Comisión, las decisiones necesarias, con arreglo al calendario establecido en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena. El Consejo Europeo destaca la importancia de consultar al ACNUR y a otras organizaciones internacionales. 15. A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo. Se pide a la Comisión que elabore, en el plazo de un año, una comunicación al respecto. 16. El Consejo Europeo insta al Consejo a que incremente sus esfuerzos para lograr un acuerdo sobre la cuestión de la protección temporal de las personas desplazadas basado en la solidaridad entre los Estados miembros. El Consejo Europeo considera que debe estudiarse la constitución de algún tipo de reserva financiera para prestar protección temporal en situaciones de flujo masivo de refugiados. Se invita a la Comisión a que analice las posibilidades al respecto. 17. El Consejo Europeo insta al Consejo a que termine rápidamente su labor relativa al sistema de identificación de los solicitantes de asilo". *Vid.* http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#a.

100 *Vid.* Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer sobre Prácticas culturales realizadas dentro de la familia y que entrañan violencia contra la mujer. E/CN.4/2002/83, de 31 de enero de 2002.

mujer. Ello no impide contemplar también los intereses y retos políticos existentes en materia de inmigración en Europa. Pero conviene tener presente que la extensión del estatuto de refugiado a los supuestos de persecución por razón de género no comportan peligros mayores en materia de inmigración que los que pueden derivarse del resto de los supuestos previstos, esto es, la religión, las opiniones políticas, la pertenencia a un determinado grupo social y la raza. En realidad, la protección que comporta el reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho de asilo se somete a las circunstancias de cada caso. No todas las demandas en las que se aduce persecución por motivos políticos o religiosos son contempladas, y dicha limitación, en función de las circunstancias del caso, también existiría en los supuestos de persecución por razón de género. Por consiguiente, la cuestión radica en la necesidad de reconocer que existe una persecución específica que afecta al género, que reclama su reconocimiento y cuya ignorancia resulta injustificada a comienzos del siglo XXI.

3.2 Derecho nacional comparado

Tras analizar las principales iniciativas internacionales en materia de asilo, género y mutilación genital femenina, resulta necesario hacer referencia al tratamiento de dicha problemática en el seno de los ordenamientos jurídicos estatales. Para ello, se tomarán como referencia algunos países del ámbito jurídico occidental cuya política en materia de asilo resulta de interés.

• Canadá

Canadá ha sido un país que ha recibido, tradicionalmente, grandes flujos migratorios por circunstancias de interés político, económico y demográfico[101]. La multiculturalidad es, por consiguiente, una nota característica de su sociedad[102]. Quizá, por ello, ha sido el primer país, de nuestro ámbito jurídico-cultural occidental, en reconocer el derecho de asilo por temor a la práctica de la mutilación genital femenina.

El primer supuesto planteado se resolvió en mayo de 1994, al conceder el asilo a Khadra Hassan Farah, una mujer somalí, y a su hija, Hodan, de diez años de edad. La madre, que había sido mutilada en su juventud, había huido de su país para que su hija no sufriera la misma suerte. El esposo, funcionario del Gobierno somalí, pertenecía a un grupo islamista radical contrario al reconocimiento de los derechos de las mujeres[103]. El derecho de asilo por razón de género ha sido un tema abordado con profusión por la Comisión de Inmigración y el Estatuto del refugiado de Canadá. En noviembre de 1996, dicha Comisión publicó unas directrices básicas con el objeto de que sirvieran de guía a la hora de interpretar las solicitudes de asilo y refugio en las que se adujera el temor a sufrir persecución por razón de género[104]. A grandes rasgos, las directrices reconocen la existencia de una posible persecución basada en

101 *Vid.* Reitz (2007).
102 *Vid.* Relaño Pastor (1999).
103 *Vid.* http://multiculturalcanada.ca/ecp/content/somalis.html.
104 *Vid.* http://www.irb-cisr.gc.ca/en/references/policy/guidelines/womwn_e.htm.

el género, aunque tienden a reconducir dichas solicitudes a través de la consideración de la mujer como miembro de un determinado grupo social que sufre una persecución específica en algunas sociedades. Con ello, se consigue insertar a la mujer en uno de los motivos de persecución previstos por la Convención de Ginebra sobre el estatuto del refugiado. Sin embargo, dicha medida no resuelve el problema de fondo, esto es, la necesidad de reconocer que la mujer sufre una persecución específica por razón de género y que, como consecuencia de ello, merece los mismos derechos de asilo y refugio que cualquier otra persona que sufra cualquier otro tipo de persecución de los previstos en la Convención de Ginebra. En definitiva, merece la misma protección sometida a los mismos controles de veracidad que quienes son perseguidos por sus opiniones políticas o religiosas o por su pertenencia a una determinada raza.

La ley canadiense sobre Inmigración y Protección del Refugiado, de 1 de noviembre de 2001[105], se remite a la Convención de Ginebra de 1951 para determinar los motivos que justifican el reconocimiento del estatuto de refugiado y prevé también una protección subsidiaria para aquéllos que estén amenazados de sufrir cualquier otro tipo de peligro o riesgo para su vida, incluida la tortura, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[106].

De este modo, se articula el derecho de asilo y refugio en Canadá, a través del reconocimiento de una protección que, por lo que aquí interesa, reconduce la persecución por razón de género a la protección prevista para quienes sufren persecución por pertenecer a un determinado grupo social. Ello supone que, pese a la existencia de una cierta cobertura jurídica, sigue sin reconocerse la autonomía de la persecución que padecen las mujeres y las niñas, sobre todo, en determinadas regiones del mundo.

• Estados Unidos

Los Estados Unidos tienen una larga tradición de convivencia multicultural y plurirreligiosa desde sus mismos orígenes[107]. Esta dimensión de país abierto a la recepción de personas de diversas razas, culturas y credos[108], unida a la existencia de una economía fuerte y al reconocimiento de un sistema de derechos y libertades, ha influido en su percepción como país de destino para quienes sufren algún tipo de persecución en cualquier lugar del mundo[109].

La política estadounidense en materia de asilo se encuentra estrechamente unida al reconocimiento del estatuto de refugiado. De hecho, la sección 101 (a) (42) de la Ley sobre

105 La Ley canadiense sobre Inmigración y Protección del Refugiado está en vigor desde el 28 de junio de 2002. *Vid.* http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/245904.html.

106 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). *Vid.* http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm.

107 *Vid.* Celador Angón (1998).

108 El sistema estadounidense en materia de libertad religiosa queda plasmado en las dos primeras cláusulas de la primera enmienda de la Constitución: *establishment clause* y *free exercise clause.* Como señala, D. Llamazares Fernández, "Por la primera se prohíbe al Congreso aprobar ley alguna en la que se adopte el establecimiento de una religión del Estado y por la segunda, la aprobación de ley alguna en la que se prohíba practicar libremente la religión" (Llamazares Fernández, 2002b).

109 *Vid.* Martin (2006).

Inmigración y Nacionalidad[110], promulgada en 1952 y modificada en múltiples ocasiones desde entonces, construye la protección del asilo partiendo de la definición contenida en la Convención de Ginebra, pero expande su ámbito de aplicación a otros supuestos necesitados de protección, en concreto, con políticas de control de natalidad, esterilización y aborto.

El progresivo desarrollo de una política nacional sobre asilo y refugio en los Estados Unidos ha permitido ir dando respuesta a las múltiples solicitudes que se les han presentado por parte de personas procedentes de los más diversos rincones del mundo. Ello ha propiciado que se hayan establecido unas líneas de actuación muy precisas. Entre ellas, se reconoce la condición de refugiado a quienes son perseguidos por alguno de los motivos contemplados en la Ley de Inmigración y Nacionalidad[111]. Además, el Presidente puede reconocer esta condición a determinadas personas por motivos humanitarios y, por último, cabe su reconocimiento en aplicación del ordenamiento jurídico, por ejemplo, en aplicación de una sentencia judicial[112].

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la práctica de la mutilación genital femenina, existen precedentes judiciales que se han tratado, siguiendo las indicaciones del ACNUR, esto es, incluyendo la protección a la mujer en la protección reconocida en la Convención de Ginebra relativa a la pertenencia a un determinado "grupo social"[113].

El primer caso se resolvió el 13 de junio de 1996, fecha en la que la Junta de Apelaciones de Inmigración de la Oficina Ejecutiva de Revisión de Inmigración (EOIR) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos decretó que se reconociera asilo político a Fauziya Kasinga, una joven que había huido de su país, Togo, a la edad de 17 años, después de que se le forzara a contraer matrimonio con un hombre de 45 años, el cual ya tenía tres esposas. Tras el matrimonio, y siguiendo el ritual de la tribu a la que pertenecía la joven, se le iba a practicar una mutilación genital de la cual, sin embargo, pudo librarse al huir a los Estados Unidos. El juez de inmigración de la ciudad de Filadelfia, en el Estado de Pensilvania, había denegado inicialmente la solicitud de asilo de Fauziya, pero la Junta de Apelaciones de Inmigración acogió finalmente su solicitud y, al respecto, señaló:

> "Primero, el expediente que tenemos ante nosotros refleja que las declaraciones hechas por la solicitante son fidedignas. Segundo, la mutilación genital femenina, tal como se practica por la tribu Tchamba-Kunsuntu de Togo y se ha documentado en el acta, constituye una forma de persecución. Tercero, la

110 "For purposes of determinations under this chapter, a person who has been forced to abort a pregnancy or to undergo involuntary sterilization, or who has been persecuted for failure or refusal to undergo such a procedure or for other resistance to a coercive population control program, shall be deemed to have been persecuted on account of political opinion, and a person who has a well founded fear that he or she will be forced to undergo such a procedure or subject to persecution for such failure, refusal, or resistance shall be deemed to have a well founded fear of persecution on account of political opinion". *Vid.* Título 8 sobre Extranjeros y Nacionalidad del United States Code.

111 Ibídem.

112 Vid. http://www.unhcr.org/home/PROTECTION/3c5e5a764.pdf.

113 Un análisis crítico de los dos precedentes judiciales existentes en el reconocimiento del derecho de asilo en los Estados Unidos a mujeres que adujeron temor a que se les practicara una mutilación genital se encuentra en Martin (2005).

> solicitante pertenece a un grupo social que consiste en mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu a quienes no se les ha hecho la mutilación genital femenina tal como se practica en la tribu y quienes se oponen a tal práctica. Cuarto, la solicitante tiene un temor bien fundado a ser perseguida. Quinto, la persecución a la que la solicitante teme es 'en base' al grupo social al que ella pertenece. Sexto, el temor que la solicitante tiene a ser perseguida se extiende a todo el país. Séptimo, y para finalizar, la solicitante es elegible a que se le dé, y se le debe dar, asilo"[114].

Es evidente la importancia que tiene la existencia del precedente judicial referido en el sistema estadounidense. No obstante, la necesidad de reconducir la cuestión al concepto de "grupo social" pone de manifiesto la desprotección de la mujer, en cuanto tal. Y ello pese a la existencia constatable de formas de persecución basadas únicamente en el género.

Otro supuesto que se planteó en Estados Unidos y que alcanzó también gran relevancia mediática fue el de una mujer que decía llamarse Adelaide Abanwah y que afirmaba proceder de una aldea de Ghana de unas cuatrocientas personas. Dicha mujer aseguraba que había huido de su país por miedo a que los líderes de su aldea le practicaran la mutilación genital al haber violado una de sus costumbres y haber perdido la virginidad fuera del matrimonio. En dicho supuesto, tanto el juez de inmigración como la Junta de Apelaciones de Inmigración denegaron el asilo. Sin embargo, la Corte de apelación del segundo circuito le reconoció el derecho de asilo. Las sospechas que planteaba el caso, entre ellas, las relativas a la falsedad en la identidad de la mujer, llevaron al Servicio de Inmigración y Nacionalidad estadounidense a investigar el supuesto y a descubrir la falsedad de todos los argumentos aducidos por la solicitante de asilo, incluido el relativo a su identidad. Como consecuencia de ello, fue juzgada por fraude y sentenciada, en marzo de 2003, a 16 meses de prisión y a ser deportada a Ghana[115].

Las solicitudes planteadas en los Estados Unidos muestran la necesidad de contemplar la persecución de género como uno de los motivos que justifican tanto el reconocimiento del estatuto de refugiado como el derecho de asilo. No obstante, cabe la posibilidad de utilizar el temor a sufrir una mutilación genital fraudulentamente para conseguir el asilo. En este sentido, el procedimiento a seguir implica tomar las mismas precauciones y obtener las mismas garantías de veracidad que en cualquier otro tipo de solicitud de refugio y asilo. Estos casos no plantean un riesgo mayor para el Estado que cualquier otra solicitud fundada en cualquier otro tipo de persecución de los previstos en la Convención de Ginebra. Son necesarios los mismos filtros. Es necesario tener la misma certeza respecto de la historia que cuenta el solicitante y respecto del temor que aduce para solicitar el asilo. En definitiva, el temor a sufrir una mutilación genital es un supuesto común en cuanto al procedimiento para solicitar el asilo. En realidad, difiere en el fondo y no en la forma. Y difiere en el fondo por lo que subyace tras dicha práctica: la tortura, la sumisión, el mantenimiento de una forma de control y sometimiento de la mujer y la pérdida de la dignidad.

114 *Vid.* http://www.equalitynow.org/spanish/actions/action_0903_sp.html.
115 *Vid.* http://www.answers.com/topic/adelaide-abankwah.

• Reino Unido

El reconocimiento del derecho de asilo a las mujeres en los supuestos de mutilación genital ha recibido también un fuerte respaldo en el Reino Unido, tras un reciente pronunciamiento de la Cámara de los Lores, de 18 de octubre de 2006[116]. El supuesto planteado afectaba a una joven de 18 años procedente de Sierra Leona.

La más alta instancia judicial del Reino Unido reconoció el asilo al considerar que la solicitante pertenecía a un determinado grupo social que era objeto de persecución en su país. Es decir, era una mujer joven que aducía, en su solicitud de asilo, temer que se le practicara una mutilación genital a modo de ritual de iniciación a la edad adulta. Además, la mutilación es una práctica común en Sierra Leona que no se encuentra tipificada penalmente.

La pertenencia a un determinado grupo social es, como hemos visto a lo largo del estudio, uno de los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra. El género, por el contrario, no se contempla. No obstante, la existencia objetiva y real de situaciones de riesgo, peligro y persecución de mujeres y niñas por razón de género ha ido forzando su inclusión en el concepto de grupo social para reconocerles, de este modo, el derecho de asilo.

La argumentación de los Lores de octubre de 2006 se justifica en el concepto de grupo social. Para ello, toman como referencia su propia jurisprudencia, que había servido de inspiración en la elaboración de las instrucciones, publicadas en 2004 por el Ministerio del Interior del Reino Unido en materia de política de asilo[117]. En ellas, se precisa cuál es el concepto de "pertenencia a un determinado grupo social" y se señala que la solicitud de asilo motivada en dicha característica no es un argumento genérico que quepa esgrimir en todo caso. Dependerá de las circunstancias existentes en cada Estado. Por consiguiente, un colectivo puede ser considerado como grupo social a los efectos del reconocimiento del derecho de asilo en un Estado y, sin embargo, puede no constituir un grupo social en otro Estado distinto.

En este sentido, se considera grupo social a un colectivo de personas que tiene en común una característica inmutable. Dicha característica podría ser innata, como el sexo, el color de la piel, o podría ser una experiencia compartida. Al respecto, la Cámara de los Lores se pronunció, en una decisión de 1999[118], relativa a una mujer pakistaní que había sido falsamente acusada de adulterio en su país de origen y que pedía refugio y asilo por miedo a ser condenada por conducta inmoral. En aquella ocasión, el tribunal consideró que las mujeres pakistaníes eran un grupo social cuya característica inmutable era el género. Por razón de género, eran discriminadas en Pakistán como grupo respecto de los hombres y, además, el Estado no les garantizaba protección alguna ante dicha discriminación.

116 *Vid.* House of Lords Opinion of the Lords Appeal for Judgment in the cause Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K(FC) Fornah (FC) (Apellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2006) UKHL 46.

117 *Vid.* Asylum Policy Instructions. Membership of a particular social group, en http://www.ind.homeoffice.gov.uk/documents/asylumpolicyinstructions/apis/memberofparticularsocialgp.pdf?view=Binary.

118 *Vid.* Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals), en http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990325/islam01.htm.

El supuesto referido sentó las bases de la argumentación que los Lores han utilizado para reconocer el asilo por temor a sufrir una mutilación genital. En aquel momento, se entendió que las mujeres pakistaníes eran un grupo social y, en octubre de 2006, el tribunal ha vuelto a confirmar dicha interpretación al afirmar que las mujeres que pertenecen a tribus que practican mutilación genital y se encuentran discriminadas y sometidas respecto de los hombres en sus sociedades se consideran miembros de un determinado grupo social, a los efectos del reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho de asilo.

• Alemania

El derecho de asilo en Alemania presenta unas características conceptuales diversas a las de otros países. La ley fundamental de Bonn, de 1949, incluyó el derecho de asilo entre los derechos fundamentales[119]. El asilo se concibe, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional alemán, como un derecho público subjetivo que vincula al legislador, a la Administración y al Poder Judicial. Se trataría de un derecho invocable ante el Estado cuyo reconocimiento y garantías –según algunos autores– tendría primacía en Alemania sobre el Derecho internacional en la materia, esto es, sobre la Convención del Ginebra de 1951[120].

La persecución que muchos alemanes sufrieron durante el régimen nazi y la necesidad de buscar refugio y asilo en otros Estados ha influido significativamente en la concepción del derecho de asilo en Alemania[121]. Tal vez por ello, la regulación alemana pone el acento en el aspecto objetivo, esto es, en la "persecución", y no tanto en la dimensión subjetiva, es decir, en el "temor fundado de persecución", que es la nota que caracteriza la definición de refugiado prevista en la Convención de Ginebra. Ello ha permitido construir un modelo en el que lo esencial es la prueba de la persecución.

Inicialmente, el sistema alemán se percibía como un sistema flexible. Los procedimientos eran dilatados y existían diversas figuras que posibilitaban la permanencia en el país. Sin embargo, la política en materia de asilo ha sufrido modificaciones importantes en todo el mundo y, en especial, en Europa a partir de la década de los noventa como consecuencia del fenómeno migratorio. El recrudecimiento de los sistemas de recepción de inmigrantes y de asilados se ha intensificado, entre otros motivos, debido a los brotes de intolerancia que han surgido como consecuencia del incremento masivo de la inmigración[122]. La necesidad de establecer controles y de cerciorarse de la veracidad de las solicitudes de asilo que se presentan resulta de suma importancia. Sin embargo, ello no debe convertirse en el argumento que justifique la negativa al reconocimiento de la existencia de formas de persecución específicas por razón de género. Dichas formas de persecución, entre las que se encuentra la mutilación genital femenina, merecen el mismo tratamiento que las perpetradas por motivos étnicos, religiosos o políticos.

En este sentido, la Ley de residencia alemana, de 30 de junio de 2004[123], resulta destacable, pues introduce explícitamente el género en la categoría de refugiados a través de la pertenencia a un

119 *Vid.* R. Trujillo Herrera (2003:385).
120 *Vid.* R. Trujillo Herrera (2003:387).
121 *Vid.* http://www.zuwanderung.de/english/1_fluechtlinge.html.
122 *Vid.* R. Trujillo Herrera (2003:389).
123 *Vid.* Residence Act (30 June 2004), Federal Law Gazette, vol. 2004, Part. I, nº 41, Bonn, 5 august 2004, last amended by the Act Amending the Residence Act and other acts of 14 March 2005 (Federal Law Gazette I, p. 721).

determinado grupo social. El artículo 60 de la citada Ley, al hacer referencia a la prohibición de deportación de extranjeros por aplicación de la Convención de Ginebra, establece que ningún extranjero podrá ser deportado a un Estado en el cual su vida o libertad se vean amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, su pertenencia a un determinado grupo social o sus convicciones políticas. Además, cuando la vida, la libertad o la integridad física de una persona se encuentren amenazadas exclusivamente por su sexo, esto podrá constituir un motivo de persecución en tanto que miembro de un determinado grupo social[124].

La aportación de la legislación alemana constituye un paso relevante en tanto en cuanto supone la consagración legislativa de la protección de refugiado como consecuencia de la persecución específica por razón de género, persecución en la que se incluye la amenaza de sufrir una mutilación genital. Dicho reconocimiento es relevante y constituye una exigencia en parámetros de justicia. Sin embargo, el hermetismo de los supuestos contemplados en la Convención de Ginebra ha obligado al legislador alemán a reconducir la cuestión a través de la pertenencia a un determinado grupo social. La medida adoptada, a través de su previsión legislativa, procura la protección demandada a las víctimas, pero deja sin respuesta una demanda que resulta esencial: la necesidad de reconocer que existe una persecución por razón de género tan grave, desde el punto de vista jurídico y humano, como la sufrida por motivos religiosos o de opinión política o por la nacionalidad o la raza, y que dicho motivo de persecución merece un tratamiento y mención individualizado y no una mera inclusión en el concepto de grupo social, que parece haberse convertido en una especie de cajón de sastre.

3.3 Derecho español

En España el artículo 13.4 de la Constitución de 1978 remite a la Ley para establecer los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden solicitar el derecho de asilo. En este sentido, el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado[125], modificada por la Ley 9/1994, de 19 de marzo[126], dispone que:

> "Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967".

124 El artículo 60 de la Ley de residencia de Alemania establece: "Prohibition of deportation (1) In application of the Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees (Federal Law Gazette 1953 II, p. 559), a foreigner may not be deported to a state in which his or her life or liberty is under threat on account of his or her race, religion, nationality, membership of a certain social group or political convictions. This shall also apply to foreigners who enjoy the legal status of foreign refugees in the Federal territory or are recognised as foreign refugees outside of the Federal territory within the meaning of the Convention relating to the Status of Refugees. When a person's life, freedom from bodily harm or liberty is threatened solely on account of their sex, this may also constitute persecution due to membership of a certain social group". Ibídem.

125 *Vid*. BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

126 *Vid*. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

El derecho de asilo queda, de este modo, ligado al reconocimiento de la condición de refugiado, y ello reconduce la cuestión a las disposiciones contenidas en la Convención de Ginebra que constituyen, también en nuestro país, el referente normativo internacional en la materia. Por consiguiente, los motivos de persecución que pueden dar lugar al derecho de asilo incluyen la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social y las opiniones políticas, pero no contemplan la persecución por razón de género.

Es evidente que los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra responden a un época concreta, 1951, y que la conquista de los derechos de la mujer ha empezado a adquirir entidad no antes de finales del siglo XX. A dicha realidad se une otra, también reciente y no menos importante: el estallido del fenómeno migratorio que se percibe como un factor complejo y no exento de problemas.

Armonizar el incremento de la inmigración y la extensión del derecho de asilo a la persecución por razón de género no reviste grandes problemas si nos atenemos a la esencia de ambas realidades. Reconocer que la persecución por razón de género es equivalente, en términos de gravedad, a la persecución por motivos religiosos, por ejemplo, no comporta la aceptación generalizada de todas las solicitudes de asilo que se presenten por esta razón. Las exigencias, en estos supuestos, deberían ser similares a las de otras solicitudes planteadas por motivos diferentes. Cierto es, por lo que aquí interesa, que algunos tipos de persecuciones por razón de género, como la mutilación genital, constituyen un problema que afecta a muchísimas mujeres en el mundo. Es una práctica ancestral sin justificación alguna que debe ser erradicada y que cercena los derechos humanos y la dignidad de las niñas y las mujeres. Ahora bien, esta realidad, que existe *de facto* y, en todo caso preocupa, no puede ser utilizada de forma fraudulenta con el objeto de obtener determinados derechos al amparo de argumentos infundados y sin la existencia de las pruebas indiciarias y requeridas para el reconocimiento del derecho de asilo en España.

En este sentido, la jurisprudencia española ha matizado la concesión de dicho derecho al interpretar la exigencia que se encuentra prevista en la propia Ley, que hace referencia a la necesaria existencia de "indicios suficientes" de peligro respecto de la vida o la libertad[127].

Al respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de junio de 1998, ha señalado que no es necesaria "(…) una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento de asilo, bastando que existan *indicios suficientes*, según la naturaleza de cada caso (…) Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo (…)"[128].

127 El artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, señala: "Para que se resuelva favorablemente la solicitud de asilo bastará que aparezcan *indicios suficientes*, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo 3 de esta Ley". BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984. La cursiva es nuestra.

128 FJ 2º.

La cuestión planteada tiene una relevancia notable, dadas las solicitudes de asilo que se plantean en España por mujeres africanas que alegan temor a que en sus países de origen se les practique la mutilación genital. Suele ser habitual que dicha solicitud no se admita y que, como consecuencia de ello, la Resolución del Ministerio del Interior se recurra judicialmente. En algunas ocasiones la solicitud se ha rechazado argumentando que la mutilación genital no se encuentra entre los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra[129] y, en otros supuestos, se ha reconocido el asilo, recurriendo al concepto de grupo social[130].

Esta ambivalencia jurisprudencial en la aplicación de una misma norma conlleva una inseguridad jurídica que parece estar reclamando una revisión seria y rigurosa del derecho de asilo en España, por extensión en Europa y, en última instancia, en las sociedades occidentales que están construidas en torno al respeto de los derechos y las libertades fundamentales del ser humano. Derechos y libertades en cuyo sustrato se halla la dignidad de la persona.

129 Entre otras, *vid.* sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º), de 7 de abril de 2004; sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 30 de julio de 2004.

130 Al respecto, es relevante la argumentación de la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 17 de marzo de 2004, FJ 2º, cuando establece que: "(la) mutilación genital femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las 'mujeres' o 'género femenino', pues si bien es cierto que entre las causas de persecución previstas en el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra no se prevé expresamente tal persecución por razón de sexo o género, la misma puede, sin embargo, encuadrarse en la persecución que por la pertenencia a un determinado 'grupo social' se contempla en el mencionado precepto. Es ésta una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás motivos legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (sentencia de 25 de noviembre de 1997) y en la condición de mujer o pertenencia al género femenino. (…) Además, y dada la genérica situación sociopolítica existente en Nigeria, de la que esta Sala tiene constancia en virtud de los informes remitidos regularmente por el ACNUR, hay indicios de que tal Estado no presta a la demandante protección alguna frente a la situación relatada de peligro para su integridad física, la conclusión es que la misma se halla en definitiva desprotegida en su país de origen en virtud de una persecución derivada de su pertenencia al grupo social femenino, en cuanto es costumbre arraigada y extendida en dicho país la práctica de la mutilación genital femenina, por lo que su solicitud de asilo ha de ser admitida a trámite".

4

Propuesta *de lege ferenda* y recomendaciones de política internacional

El estudio realizado ha puesto de manifiesto, desde una perspectiva de máximos, la necesidad de acometer, en el ámbito internacional, una actualización de los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra, de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, con el objeto de incluir la persecución por razón de género y, desde una perspectiva de mínimos, la oportunidad de llevar a cabo una modificación legislativa en España en materia de asilo con proyección europea e internacional.

El examen de la temática objeto de análisis:

- En primer lugar, ha mostrado con toda su crudeza la pervivencia actual de la mutilación genital femenina en muchas sociedades del mundo. Se ha constatado su mantenimiento como ritual de iniciación de las mujeres a la edad adulta y como medida de control de la sexualidad, la virginidad y el cuerpo de la mujer. La implantación actual de dicha realidad nos ha llevado a analizar las medidas penales, socioeducativas y sanitarias que se han llevado a cabo por parte de los Estados para su erradicación, y también ha evidenciado la ausencia de control en la aplicación de las legislaciones que penalizan su realización y la incapacidad de los Estados donde se practica para proteger a las potenciales víctimas.

- En segundo lugar, ha permitido examinar las respuestas de los ordenamientos jurídicos occidentales ante las solicitudes de asilo que se han recibido por parte de mujeres que huyen de sus países para no ser sometidas a la mutilación genital. Al respecto, llama la atención: por un lado, la respuesta afirmativa de los Estados al reconocer que la mutilación genital de la mujer es una forma de persecución que merece ser objeto de la protección que confiere el estatuto de refugiado y el derecho de asilo; y, por otro, la necesidad de reconducir las solicitudes admitidas a través de la consideración de la mujer como grupo social por no encontrarse la persecución de género prevista en la Convención de Ginebra.

Ante tal realidad, y de conformidad con lo referido, resulta necesario:

En primer lugar, realizar una ampliación, a modo de *aggiornamento,* de los supuestos que dan lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado recogidos en la Convención de Ginebra. Para ello, y dada la complejidad que comportaría la revisión de la misma, convendría promover la elaboración de un Protocolo adicional que actualizara los motivos de persecución y que reconociera la existencia de una persecución específica en cuyo sustrato se hallara el género como motivo autónomo.

En segundo lugar, parece conveniente adoptar medidas de política legislativa tendentes a subsanar en el ámbito interno la laguna existente en el marco internacional. En este sentido, se propone la modificación de la legislación española en materia de asilo. Al respecto, y con el fin de garantizar la seguridad jurídica y de evitar la total discrecionalidad de la jurisprudencia, sería necesario explicitar en la reforma que el género constituye uno de los motivos de persecución que pueden dar lugar al derecho de asilo, obviamente, tras el cumplimiento de todos los requisitos de certeza y veracidad que resulten exigibles. Dicha medida sería deseable que tuviera proyección en el ámbito europeo, pues, con toda probabilidad, la Unión Europea irá adoptando criterios de uniformidad en materia de asilo y refugio entre los Estados miembros.

El género constituye un motivo de persecución que reviste tanta gravedad como los perpetrados por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas. Su inclusión en la noción de grupo social no puede resultar satisfactoria. En primer lugar, porque al quedar incluida en una especie de cajón de sastre, la importancia que posee un tema tan dramático y grave queda disminuida. En segundo lugar, porque sencillamente lo que no se nombra parece que no existe, y la persecución por razón de género tristemente existe y encuentra en la mutilación genital de las niñas y de las mujeres una de sus manifestaciones más crueles y denigrantes.

5

Bibliografía

AA VV (2005), Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF en Florencia, Italia.

Adam Muñoz, M. D. (2003), La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado, Córdoba Ed. Universidad de Córdoba, Córdoba.

Bonet Navarro, J., y Landete Casas, J. (2005), Aportaciones desde el Derecho eclesiástico al concepto constitucional de orden público, en iustel.com, *RGDCDEE*, nº 9, septiembre.

Castro Jover, A. (2002), Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 2, 89-119.

Celador Angón, O. (1998), Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense, Madrid, Ed. Dykinson.

Combalía Solís, Z. (2001), Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico. *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 14-20.

Contreras Mazarío, J. M. (2003), Globalización, derechos humanos y prácticas tradicionales en el ámbito de la familia. Especial referencia a las actividades de las Naciones Unidas, en Calvo Caravaca, A., y Blanco-Morales Limones, P., Globalización y Derecho, Madrid, Ed. Colex, 191-212.

Contreras Mazarío, J. M. (2004), Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas: de la tolerancia a la interculturalidad, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch.

Escrivá Ivars, J. (2003), Pluralismo, multiculturalismo y objeción de conciencia en una sociedad democrática avanzada. Multiculturalismo y movimientos migratorios, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 302-06.

Jordán Villacampa, M. L. (2003) Grupos religiosos e inmigración. Multiculturalismo y movimientos migratorios, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 33-41.

Jordán Villacampa, M. L. (2004) Religión y derecho en la España de la primera década del tercer milenio. *Ilu. Revista de Ciencias de las religiones.* Anejos, XI 41-50.

Llamazares Calzadilla, M. C. (2000), Libertad de conciencia y dignidad de la persona, en Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls, Murcia, Universidad de Alicante 345-55.

Llamazares Fernández, D. (2002a), Religión y Derecho. Historia de una separación. *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones,* vol. 7,51-64.

Llamazares Fernández, D. (2002b), Derecho de la Libertad de Conciencia I. Libertad de Conciencia y Laicidad, Madrid, Ed. Civitas.

Martin, D. A. (2005) Adelaida Abankwah, Fauziya Kasinga, and the Dilemas of Political Asylum. University of Virginia Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series,* http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art28.

Martin, P. (2006), Creación y recreación de Estados Unidos. Inmigrantres. El continente móvil, 28-36.

Miller, M. (2004), Réponses à la mutilation génitale des femmes/excision en Europe. Les mutilations génitales féminines en Suisse, Zurich, published by the Swiss National Committee for UNICEF.

Olmos Ortega, M. E. (2003), El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana. Multiculturalismo y movimientos migratorios, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 183-220.

Olmos Ortega, M. E. (1998), La consideración de la mujer en los documentos de la Iglesia. *Revista española de Derecho canónico,* vol 55, nº 144, 233-54.

Reitz, J. G. (2007), ¿Puede ofrecer lecciones a Europa la experiencia canadiense. Inmigrantes. El continente móvil. *La Vanguardia Dossier,* nº 22, enero-marzo 38-46.

Relaño Pastor, E. (1999), Multiculturalismo y derecho de libertad religiosa en Canadá. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* nº 15 63- 86.

Sánchez Patrón, J. M. (2006), La aplicación del principio de justicia universal por los órganos jurisdiccionales españoles, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana,* Ed. Tirant Lo Blanch, nº 17, enero, 81-101.

Suárez Pertierra, G. (2004), Paz, seguridad y defensa en Iberoamérica. Una reflexión en común. Valores, principios y seguridad en la Comunidad Iberoamericana de Naciones. *Cuadernos de estrategia,* nº 126, 19-44.

Trujillo Herrera, R. (2003), La Unión Europea y el derecho de asilo, Madrid, Ed. Dykinson.

Valenciano, E. (2001), La igualdad de género y la defensa de los derechos de las mujeres en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam. Ponencia de la eurodiputada Elena Valenciano, miembro titular de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, miembro del Grupo Socialista, realizada en Bruselas en octubre de 2001.

Vega Gutiérrez, A. M. (2003), Cuestiones de género en la mundialización. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, Redur,* nº 1.

Villán Durán, C. (2002), Curso de Derecho internacional de los derechos humanos, Madrid, Ed. Trotta.

6

Anexo

Propuesta de ámbito internacional

Protocolo adicional a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, por el cual se hace extensivo el Estatuto de refugiado a la persecución por motivos de género

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (en adelante, Convención), y su Protocolo, de 31 de enero de 1967, únicamente reconocen el Estatuto de refugiado ante la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas,

Considerando que el género constituye un motivo de persecución grave en muchas regiones del mundo merecedor de la protección que dispensa la condición de refugiado,

Considerando conveniente que el temor a ser perseguido por motivos de género no permanezca por más tiempo excluido de la definición de refugiado,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo I. Disposición general

Los Estados partes en el presente Protocolo se obligan a extender la definición de refugiado y el Estatuto que de ella se deriva a quienes aduzcan temores fundados de persecución por motivos de género y, a causa de dichos temores, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran, por temor a dicha persecución, acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, como consecuencia de dichos temores, fuera del país donde tuvieran su residencia habitual, no puedan o no quieran regresar a él.

Artículo II. Solución de controversias

Toda controversia entre Estados Partes en el presente Protocolo, relativa a su interpretación o aplicación, que no haya podido ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia.

Artículo III. Adhesión

El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados Parte en la Convención que sean Parte también en su Protocolo, de 31 de enero de 1967, y a cualquier otro Estado miembro de las Naciones Unidas, miembro de algún organismo especializado o que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a adherirse al mismo. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

Artículo IV. Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor en la fecha en que se deposite el sexto instrumento de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que se adhiera al Protocolo después del depósito del sexto instrumento de adhesión, el Protocolo entrará en vigor en la fecha del depósito por ese Estado de su instrumento de adhesión.

Artículo V. Denuncia

1. Todo Estado parte en el presente Protocolo podrá denunciarlo en cualquier momento mediante notificación dirigida al secretario general de las Naciones Unidas.

2. La denuncia surtirá efecto para el Estado Parte interesado un año después de la fecha en que el secretario general de las Naciones Unidas la haya recibido.

Artículo VI. Notificaciones del Secretario General de las Naciones Unidas

El Secretario General de las Naciones Unidas informará a los Estados mencionados en el artículo III *supra* acerca de la fecha de entrada en vigor, adhesiones y denuncias del presente Protocolo.

Artículo VII. Depósito en los archivos de la Secretaría de las Naciones Unidas

Un ejemplar del presente Protocolo, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, firmado por el Presidente de la Asamblea General y por el secretario general de las Naciones Unidas, quedará depositado en los archivos de la Secretaría de las Naciones Unidas. El secretario general transmitirá copias certificadas del mismo a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y a los demás Estados mencionados en el artículo III *supra*.

Propuesta de ámbito nacional

Modificación legislativa de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Exposición de Motivos

Tras más de veinte años de aplicación en España de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se han detectado carencias que justifican, de nuevo, su revisión en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica a quienes llegan a nuestro país en circunstancias que les facultan como solicitantes del derecho de asilo.

La legislación española, al hacer referencia al reconocimiento de la condición de refugiado, se remite a los documentos internacionales en la materia, en especial, a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y a su Protocolo adicional, de 31 de enero de 1967. La definición de refugiado contenida en dichas normas internacionales ampara únicamente a quienes tengan fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Se omite, sin embargo, la referencia a la persecución por motivos de género, que constituye uno de los motivos que fundamentan, en la actualidad, buena parte de las demandas de asilo que se presentan en nuestro país. Dicha realidad pone de manifiesto la existencia de una forma de persecución específica, basada exclusivamente en el género, que reclama una respuesta jurídica de carácter legislativo.

La reforma que se acomete tiene por objeto salvar la laguna jurídica de las normas internacionales y extender el reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho de asilo a los supuestos en los cuales el solicitante acredite debidamente tener fundados temores de persecución por razón de género.

Artículo único. Modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Los artículos que a continuación se relacionan de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, quedan redactados en los términos siguientes:

El artículo tercero queda redactado de la forma siguiente:

Artículo 3. Causas que justifican la concesión de asilo y su denegación

1. Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Gi-

nebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. A los motivos de persecución previstos en las normas internacionales que posibilitan el reconocimiento de la condición de refugiado y el asilo se añade la persecución por razón de género.

2. No se concederá asilo a quienes se encuentren comprendidos en algunos de los supuestos previstos en los artículo 1.F y 33.2 de la referida Convención de Ginebra.

El artículo décimo quedará redactado de la forma siguiente:

Artículo 10. Extensión familiar del asilo

1. Se concederá asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar y en los supuestos de persecución por razón de género cuando en la solicitud de asilo se adujeron fundados temores de persecución por parte de miembros de la familia del asilado.

2. En ningún caso se concederá, por extensión, asilo a personas incursas en los supuestos del número 2 del artículo tercero.

7

Adenda

El trabajo que tiene el lector en sus manos fue concluido el 13 de febrero de 2007. Con posterioridad, el legislador español ha introducido la modificación legislativa que desde estas páginas se demandaba. En efecto, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su disposición adicional vigésima novena, establece:

> "Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado en los siguientes términos:
>
> *Disposición adicional tercera.*
>
> Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género"[131].

La modificación afecta al apartado 1 del artículo 3 de la Ley reguladora del derecho de asilo, es decir, a las causas que justifican la concesión de dicho derecho. El resultado comporta que se extienda la protección que confiere el derecho de asilo a las mujeres que tengan un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género. Y ello incluiría los supuestos de mutilación genital femenina de los cuales nos hemos ocupado a lo largo del presente estudio.

A nuestro juicio, entrando a valorar la reforma, el legislador ha perdido la oportunidad de acometer un cambio legislativo más ambicioso y coherente con los principios y valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que situaciones sangrantes como la amenaza de sufrir una mutilación genital o un matrimonio forzado serán, de ahora en

131 *Vid.* BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, 12642.

adelante, susceptibles de ser protegidas mediante el derecho de asilo en España. Sin embargo, cualquier hombre que pudiera temer ser perseguido en su país de origen por razón de género queda excluido de dicha protección.

Una primera y rápida reflexión sobre el tema puede llevarnos a concluir que la persecución por razón de género es sufrida principalmente por las mujeres. En este sentido, no cabe duda de que la pervivencia de sociedades construidas sobre esquemas patriarcales de dominación del varón sobre la mujer, en muchas latitudes del mundo, puede propiciar una afirmación en estos términos. No obstante, tras dicha afirmación, subyace un desconocimiento de la definición de género dada por el ACNUR en orden a perfilar con claridad qué debe entenderse por "persecución por motivos de género".

Al respecto, convendría destacar la diferencia que el ACNUR establece entre los conceptos de género y sexo. Género se refiere a la relación existente entre los hombres y las mujeres, relación relativa a los papeles que la sociedad asigna a cada sexo. Por el contrario, sexo es, en definitiva, una categoría biológica.

La persecución por motivos de género comprendería, por consiguiente, un variado grupo de posibles solicitudes. El ACNUR menciona varios ejemplos: los actos de violencia sexual, la violencia familiar, las planificaciones familiares obligatorias, la mutilación genital femenina, el castigo por trasgresión de costumbres sociales y la homosexualidad. En todo caso, lo relevante es que la persecución no sólo es causada por el sexo de la víctima, sino que en la persecución resulta igualmente relevante la ideología del agresor, la cual determina que se debe perseguir a las personas cuando no cumplen con el papel que les es atribuido según el género.

Es indudable la buena voluntad del legislador español al acometer la reforma de la ley reguladora del derecho de asilo y hacerlo extensivo a los supuestos de persecución por motivos de género. Ahora bien, si dicha persecución se reconoce únicamente respecto de las mujeres, con ello se quiebra, por un lado, el principio de igualdad que se erige en valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 del Texto Constitucional) y, por otro, se obvia una de las características esenciales de toda norma jurídica, esto es, la generalidad.

El legislador no puede dar respuesta a supuestos particulares y concretos mediante disposiciones normativas. No es función de la ley la búsqueda de la justicia del caso. Cierto es que los asuntos que principalmente se han presentado en España afectan a mujeres que huyen de sus países por ser perseguidas por motivos de género; sin embargo, el legislador no puede por ello desconocer, obviar o silenciar las que pudieran afectar a los hombres.

Trabajos publicados

EP 1/1999	Cuadernos con alternativas 1. *Varios autores.*
EP 2/1999	Cuadernos con alternativas 2. *Varios autores.*
EP 3/1999	Bases para una reforma de la política. *Varios autores.*
EP 4/2000	La educación a debate. *Victoria Camps.*
EP 5/2000	Un pacto de Estado para la justicia. *Varios autores.*
EP 6/2000	Sistema Nacional de Salud. *Javier Rey.*
EP 7/2001	La Universidad Europea del Trabajo. *Varios autores.*
EP 8/2001	La judicialización en la Unión Europea. Quién gana y quién pierde. *Antonio Estella.*
EP 8 bis/2001	La liberalización de los servicios de interés económico general. Un modelo progresista dentro y para Europa. *Leonor Moral.*
EP 9/2002	La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista. Posibilidades y límites. *Violeta Ruiz.*
EP 10/2002	La participación de los españoles en elecciones y protestas. *Belén Barreiro.*
EP 11/2002	La Constitución europea y la Carta de Derechos fundamentales. *María Luisa Fernández.*
EP 11 bis/2003	El proceso constituyente europeo en sentido estricto. Relanzar la integración desde la ciudadanía. *Rosa Velázquez.*
EP 12/2003	Las nuevas formas de participación en los gobiernos locales. *Eloísa del Pino y César Colino.*
EP 13/2003	El proceso de globalización. Análisis de las propuestas alternativas al Consenso de Washington. *Carlos Garcimarín y Santiago Díaz de Sarralde.*
EP 14/2004	El modelo social en la Constitución europea. *José Vida.*
EP 15/2004	Los procesos migratorios. Alternativas al discurso dominante. *Arantxa Zaguirre.*
EP 16/2005	La enseñanza de la religión católica en España. *Margarita Lema.*
EP 17/2005	Ciudadanía y minorías sexuales. La regulación del matrimonio homosexual en España. *Kerman Calvo.*
EP 18/2005	La financiación de las confesiones religiosas en España. *Alejandro Torres.*
EP 19/2006	Propuestas para la reforma del sistema electoral español. *Rubén Ruiz.*
EP 20/2006	Mujer y vivienda. Una aproximación al problema de la vivienda desde una perspectiva de género. *Jordi Bosch.*
EP 21/2006	La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo. *M.ª Ángeles Catalina Benavente.*
EP 22/2006	Una propuesta para la enseñanza de la ciudad democrática en España. *Irene Martín Cortes.*
EP 23/2006	Los símbolos y la memoria del Franquismo. *Jesús de Andrés Sanz.*
EP 24/2007	Cambios en las relaciones de trabajo y derecho a la huelga. *Xavier Solà Monells y Daniel Martínez Fons.*
EP 25/2007	Modelos familiares y empleo de la mujer en el Estado de bienestar español. *Almudena Moreno Mínguez.*
EP 26/2007	La exclusión social: análisis y propuestas para su prevención. *Anabel Moriña Díez.*
EP 27/2007	La reforma del Senado. *Alberto Penadés e Ignacio Urquizu-Sancho.*
EP 28/2007	Un nuevo enfoque de la solidaridad autonóma a través de los Fondos de Compensación Interterritorial. *Roberto Fernández Llera y Francisco J. Delgado Rivero.*