

LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE GÉNERO

[Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de junio de 2011, rec. núm. 1789/2009] *

DJAMIL TONY KHALE GARRILLO

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Extracto:

LA Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoce el derecho de asilo por motivo de violencia de género a una mujer argelina, en vista de que la realidad de los malos tratos y su prolongación en el tiempo se funda en el temor y en el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante. Por consiguiente, la vuelta al entorno social y familiar que ha propiciado dicha situación constituye un claro indicio de que la integridad física y moral pueda ser en el futuro nuevamente afectada a través de actuaciones graves que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país de origen, que no dispensaron la oportuna protección a la solicitante, y a su familia, que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el artículo 15 de la Constitución Española.

Palabras clave: asilo, refugio, género, violencia de género e igualdad.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 344, noviembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral (NCJ055214)*.

THE GRANT OF RIGHT OF ASYLUM ON THE GROUNDS OF GENDER

[Commentary on the Judgment of the Supreme Court, Division of Administrative Litigation, Third Section, from June 15, 2011, rec. no. 1789/2009] *

DJAMIL TONY KAHALE GARRILLO

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Abstract:

THE Division of Administrative Justice recognizes the right of asylum on the grounds of gender violence to an Algerian woman. Given the reality of abuse and its extension in time is based on fear and the real risk of inhuman or degrading treatment. Therefore, the return to social and family environment that has led to this situation is a clear indication that the physical and moral integrity may be affected again in the future through serious actions that were not adequately prevented by the authorities of the country of origin, which dispensed the appropriate protection to the applicant and his family, which may determine a serious attack on his integrity and moral dignity conferred by Article 15 of the Spanish Constitution.

Keywords: asylum, shelter, sex, violence and gender equality.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *RTSS*. CEF, núm. 344, noviembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral (NCJ055214)*.

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. Forma y condiciones de actuación de la Administración Pública en materia de asilo.
- III. Causas de inadmisión (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 2009, rec. núm. 1528/2007).
- IV. Motivos para estimar el recurso.
- V. Persecución por motivos de género y la necesidad de protección.
- VI. Recurso de casación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de junio de 2011, rec. núm. 1789/2009).
- VII. Reflexión final.

I. PLANTEAMIENTO

Recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, que estima el recurso contencioso-administrativo promovido por una mujer argelina contra la Resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007, que acuerda denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, y autoriza su permanencia en España en el marco de la legislación general de extranjería.

La sentencia de la Audiencia Nacional, a grandes rasgos, resuelve el caso en el que una mujer argelina, conjuntamente con sus hijos menores, recibía malos tratos (físicos y psíquicos) en su país por parte de su marido. Al llegar a España solicita asilo, y la Administración solo le autoriza a permanecer en el territorio español en el marco de la legislación general de extranjería por razones humanitarias. La solicitante al no estar conforme interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución del ministro del Interior que denegó su solicitud para la concesión del derecho de asilo en España por violencia de género.¹ Por ello solicita la anulación de la resolución y, en consecuencia, que se le reconozca la condición de refugiada. Para un mejor análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, se precisa analizar, a su vez, la sentencia de la Audiencia Nacional a través de los siguientes apartados,² tras estudiar la forma y condiciones de actuación de la Administración Pública en materia de asilo, para, seguidamente, comentar la decisión del Alto Tribunal.

II. FORMA Y CONDICIONES DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE ASILO

La Constitución Española (CE),³ en el artículo 13.4, remite a la ley para establecer los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden gozar del derecho de asilo en España. En este sentido, el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado,⁴ reconoce la condición de refugiado y, por tanto, concede a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, así como lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York.

La Convención de Ginebra, en el artículo 33, señala una prohibición de expulsión y de devolución para los Estados contratantes en relación con los refugiados, a los territorios donde su vida o libertad plegre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social

¹ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

² El comentario de la sentencia de la Audiencia Nacional, que se basa, a su vez, en el presente artículo, puede verse en KAHALE CARRILLO, D.: «Igualdad y violencia de género. Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género», *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, págs. 239-250.

³ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁴ BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

o de sus opiniones políticas. En el Derecho Internacional el asilo se configura como «un mecanismo legal de protección para defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, por las causas que enumera».⁵

La jurisprudencia ha determinado la forma y las condiciones en que ha de obrar la Administración Pública para que su actuación en materia de asilo se ajuste al ordenamiento jurídico, al precisar lo siguiente:

- a) El otorgamiento de la condición de refugiado, a que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, aunque de aplicación discrecional, no es una decisión arbitraria ni graciable.⁶
- b) Para determinar si la persona ha de tener la condición de refugiada no basta ser emigrante, ha de existir persecución.
- c) El examen y la apreciación de las circunstancias que determinan la protección no ha de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de tales circunstancias en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar una convicción racional de que concurren para que se obtenga la declaración pretendida, es decir, que existan indicios suficientes.⁷
- d) Para obtener la condición de refugiado no es suficiente las meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos antes indicados cuando carecen de toda verosimilitud o no vienen avaladas por mínimos indicios de que se ajustan a la realidad.⁸
- e) Debe existir una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elementos objetivo y subjetivo) para quedar acogido a la situación de refugiado.

El Alto Tribunal ha establecido una jurisprudencia consolidada respecto de los supuestos en que se recurre en vía contencioso-administrativa la denegación de la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo. En este sentido, «es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doc-

⁵ SAN de 13 de enero de 2009. El origen de la palabra «asilo» nace del vocablo griego «asylum», que significa aquello que no puede ser capturado o sitio inviolable, lo cual implica una protección a la persona perseguida, y, a su vez, un lugar donde pueda sentirse segura. GARCÍA MACHO, R.: «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 767. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como un «lugar privilegiado de refugio para los perseguidos». www.rae.es

⁶ STS de 4 de marzo de 1989.

⁷ SSTS de 4 de marzo, 10 de abril y 18 de julio de 1989, y 4 de febrero de 1997.

⁸ «La jurisprudencia que se invoca en la demanda (Sentencias de 9 de mayo y 28 de septiembre de 1988, y 10 de abril de 1989) ha sido superada por la que mantiene, de conformidad con lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, que para la concesión del derecho de asilo 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 del asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la citada Ley 5/1984. 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, la que no es, desde luego, la finalidad de la institución. En este sentido, con uno u otro matiz, se pronuncian las Sentencias de esta Sala de 21 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1993 (dos sentencias de la misma fecha) y 23 de junio de 1994, todas posteriores a las alegadas por el recurrente». SSTS de 19 de junio de 1998 y 2 de marzo de 2000. *Id.* KAHALE CARRILLO, D.: «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *RTSS*. CEF, núm. 285, 2006, págs. 95-102.

trina, que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual si ciertamente no es exigible para la concesión del asilo o de la condición de refugiado el acreditamiento mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar, según sucede en el supuesto ahora enjuiciado, los aludidos indicios de los que pueda deducirse la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, y que el informe emitido por Amnistía Internacional solo se refiere, en términos de generalidad, a la situación general de Angola, sin establecer particulares circunstancias relacionadas con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, mas aún cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiere dar lugar a presumir posibles persecuciones».⁹

III. CAUSAS DE INADMISIÓN (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 13 DE ENERO DE 2009, REC. NÚM. 1528/2007)

Una de las alegaciones de la demandante en el recurso es la falta de motivación en relación con las causas de inadmisión del asilo. Existe abundante jurisprudencia constitucional que aun referida a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, señalada en el artículo 24.1 de la CE, de ella se deduce un canon que resulta de plena aplicación en esta materia. La exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un estado de Derecho y con el carácter vinculante de la ley.¹⁰ Por ello, la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial, en la medida en que la exteriorización de los razonamientos que llevan a adoptar una decisión permite apreciar su racionalidad. Además de facilitar el ulterior control de la actividad por los órganos superiores y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante los recursos que en cada supuesto procedan.¹¹ Asimismo, la referida exigencia no significa que las resoluciones deban tener un contenido exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que puedan plantearse, siendo suficiente que se expresen las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.¹²

La Audiencia Nacional señala que la alegación esgrimida sobre la omisión de la causa de inadmisión de asilo no resulta viable por cuanto, por un lado, como se desprende de lo actuado, se halla ante un supuesto de denegación del derecho de asilo en que no operan las causas de inadmisión del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, de asilo, y, por otro, la decisión se adopta tras la oportuna admisión y tramitación del expediente seguido para resolver la solicitud deducida,¹³ de la cual en la resolución se exponen las razones y motivos que justifican la decisión denegatoria y que pone de manifiesto la inviabilidad del déficit de motivación.

⁹ SSTs de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003.

¹⁰ SSTC 24/1990 y 35/2002.

¹¹ SSTC 62/1996, 175/1997, 200/1997, 116/1998 y 128/2002.

¹² SSTC 196/1998, 215/1998 y 68/2002.

¹³ SAN de 13 de enero de 2009.

IV. MOTIVOS PARA ESTIMAR EL RECURSO

Según señalan las Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) la persecución por motivos de género no fue incluida expresamente en la Convención de Ginebra de 1951 como uno de los motivos de que podían dar lugar a la condición de refugiado. No obstante, el espíritu y la finalidad de dicho instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección a las personas que la requieren, tal definición debe ser interpretada desde una perspectiva de género y, por tanto, cabe incluir en la persecución aquellas solicitudes de asilo que se refieran a actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, castigados por transgredir los valores y costumbres morales, entre otros, el supuesto del matrimonio forzoso y la mutilación genital femenina, en cuanto constituyen graves actos de persecución específica por razón de sexo que ocasionan un profundo sufrimiento y daño, tanto mental como físico, que son manifestaciones de persecución por agentes estatales o particulares.

La persecución invocada en estos supuestos podría subsumirse en el motivo previsto en la Convención referido a la persecución por «la pertenencia a un grupo social determinado», en el que ACNUR lo define como un «grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos». Por consiguiente, el sexo puede incluirse dentro del ámbito de la categoría de grupo social, en el que las mujeres son un claro ejemplo de un subconjunto social definido por las características innatas e inmutables, y quienes con frecuencia son tratadas de manera diferente a los hombres.

Bajo este contexto, el sexo es lo que identificaría o definiría el grupo social. La persecución sería un elemento a tener cuenta, incluso para provocar la creación de un determinado grupo social en cuanto las mujeres conforman un grupo definido por características innatas, como es su sexo, y el trato diferenciado que reciben por esta causa, que pueden constituir un grupo ante la sociedad, sometido a diferentes tratos y normas en algunos países.

En relación con la persecución por motivos de género, ACNUR distingue entre género y sexo. Identificando el primero como «la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo», y el segundo, como aquella condición «que está determinada por razones biológicas». Las solicitudes por motivos de género comprenden, habitualmente, actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores y costumbres morales y discriminación contra los homosexuales. Por consecuencia, la violación y otras formas de violencia de género, tales como la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica y la trata de personas, constituyen actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico, y han sido utilizadas como mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o particulares.

En este sentido, el Alto Tribunal ha señalado los siguientes extremos:¹⁴

- a) En los casos en que el riesgo de persecución procede de agentes no estatales, implica un análisis de la relación causal. De modo que «cuando la población local comete serios actos de

¹⁴ STS de 19 de diciembre de 2008.

discriminación y otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si estas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo».

- b) La relación causal puede darse por dos factores. Por un lado, en el que exista un riesgo real de persecución por parte de un agente no estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, y la omisión por parte del Estado de brindar protección al solicitante esté relacionada, o no, con la Convención. Por otro, cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención.
- c) Resulta relevante el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando este no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños. Si el Estado, ya sea por política o práctica, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, entonces la discriminación por no brindar protección, sin la cual podrían perpetrarse daños graves con impunidad, puede equivaler a persecución. Bajo este contexto, también se podrían analizar los casos individuales de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual.

Por último, la Audiencia Nacional recuerda el contenido de la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,¹⁵ que 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, al señalar que 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». Este precepto de la Ley de Asilo remite a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que reconoce como causas que justifican la concesión de asilo a toda persona que tenga fundados motivos a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas, y se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país.

V. PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO Y LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN

La realidad de los malos tratos físicos soportados por la solicitante, durante largo tiempo, se documenta a través de los certificados médicos que demuestran el sufrimiento continuado por diversas lesiones que precisaron atención y tratamiento médico. Hechos que se reconocen expresamente en la resolución administrativa impugnada en la que no se pone en duda la realidad y certeza de los malos tratos padecidos en el ámbito de su relación conyugal que continuaron y persistieron a pesar de la primera separación del matrimonio y el ulterior divorcio en el año 1993. En el informe emitido por la Instrucción del expediente se parte del hecho de que «nos hallamos ante una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica» y por lo que se refiere a la documentación aportada considera que acredita la realidad de los malos tratos físicos y psíquicos sufridos por la demandante y también por los hijos menores de edad que demuestran numerosos episodios de violencia.

¹⁵ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

Dicho en otras palabras, la instrucción de forma categórica señala que «nos encontramos ante una realidad innegable: una familia compuesta por madre y niños menores que ha sido sometida a malos tratos por parte del marido y padre durante años, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial». Circunstancia que lleva a la Administración Pública a autorizar la permanencia en España a la solicitante al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, es decir, que «por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país».

En este sentido, la Audiencia Nacional entiende que con abstracción de la supuesta mejora de la situación de las mujeres en Argelia que se expone por la instrucción ha resultado acreditado los continuos y prolongados malos tratos padecidos por las agresiones de índole física y psíquica por razón de género que originan, obviamente, un grave trastorno a la mujer que la padece y la ausencia de protección real y eficaz ante dicha situación. Por consecuencia, establecida la realidad de los malos tratos y su prolongación en el tiempo, parece plenamente fundado el temor y el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante proscrito en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 3 de la Declaración sobre eliminación de la violencia sobre la mujer. En efecto, la vuelta al entorno social y familiar que propició tal situación constituye un claro indicio de que la integridad física y moral pueda ser en el futuro nuevamente afectada mediante actuaciones graves y que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país que no dispensaron la oportuna protección a la demandante y su familia que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el artículo 15 de la Carta Magna.

A juicio de la Sala las consideraciones realizadas por la instrucción carecen de entidad y trascendencia por cuanto no dejan de referirse a aspectos accesorios de la realidad examinada que acreditan una persecución sufrida por motivos de género. «No resultan asumibles las consideraciones expuestas por la instructora en su informe, que parece apreciar pasividad en la actuación de la demandante –como si se tratara de una aceptación tácita de la realidad descrita– en orden a la solicitud de protección a las autoridades, dada la explicación ofrecida sobre la posición social del exmarido, a la continuidad de los malos tratos en el tiempo y a la situación de las mujeres en el entorno cultural de procedencia que se evidencia en el Informe de Naciones Unidas de 2005 e Informes incorporados a autos sobre la situación de la mujer en Argelia redactados por el Observatori Solidaritat de la Fundació Solidaritat de la Universitat de Barcelona y por el Comité contra la mujer en Naciones Unidas Observaciones finales: Argelia».¹⁶

Asimismo, no acepta la afirmación sobre el cese de las agresiones que parece elucubrar la instructora, ya que se trata de una simple hipótesis que se contradice con la realidad y continuidad de las agresiones de forma muy prolongada que permiten concluir una actitud en el agresor consciente y duradera en el tiempo. En definitiva, la Audiencia Nacional concluye que la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social; por consiguiente, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por ACNUR.

¹⁶ SAN de 19 de enero de 2009.

VI. RECURSO DE CASACIÓN (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, DE 15 DE JUNIO DE 2011, REC. NÚM. 1789/2009)

Vista la anterior sentencia, el Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, que estima el recurso contencioso-administrativo promovido por una mujer argelina contra la Resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007, que acuerda denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la argelina y autoriza su permanencia en España en el marco de la legislación general de extranjería.

El recurso de casación se articula en la formulación de un único motivo de casación, fundado bajo el artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,¹⁷ por la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». Específicamente, se fundamenta por la interpretación indebida del artículo 3, con relación al artículo 8, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y con el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

A tal efecto, el Abogado del Estado argumenta que la sentencia impugnada no satisface una correcta aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, dado que la misma señala que solo se permite la permanencia a la argelina en territorio español por razones humanitarias, «pues tiene derecho a obtener la protección a través de la concesión de asilo, porque ello supone interpretar las normas internacionales y nacionales en materia de asilo "en el sentido de que las mujeres maltratadas de todo el mundo constituyen un grupo social que se integra en el más amplio concepto jurídico de personas con derecho al asilo"».¹⁸

A juicio del Alto Tribunal el recurso de casación planteado no puede ser acogido, dado que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa coherente y razonable del artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en relación con el concepto de refugio a que alude el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, al apreciar que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la mujer argelina, y sus menores hijos, como resultado de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su cónyuge. Al considerarse, por su especial gravedad e intensidad, de trato inhumano o degradante resulta incardinable como persecución por motivos de género. Ello determina que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, resulte procedente la concesión del derecho de asilo.

En este sentido, el Estatuto de los Refugiados busca garantizar a aquellas personas consideradas como refugiados, según lo señalado en el artículo 1.A.2, por padecer fundados temores de ser perseguidas por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no quieran acogerse a la protección de su país de origen, un estatuto personal específico conforme a la ley del país de refugio que asegure el ejercicio más amplio de los derechos y libertades

¹⁷ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

¹⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de junio de 2011.

fundamentales que les permita vivir en condiciones de dignidad, con la finalidad de evitar que sean expulsados a aquel territorio donde su vida o su libertad estuvieran amenazadas. A tal efecto, el Tribunal Supremo manifiesta que el legislador español ha manifestado su designio inequívoco de incluir en los supuestos de persecución a que hace referencia el artículo 3.1 de la Ley 5/1984 «a las mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género». Por consiguiente, la regulación legal del derecho de asilo, a que hace referencia el artículo 13.4 de la Carta Magna, en desarrollo con los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15, se integra con el reconocimiento del derecho de asilo en relación con las ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con el propósito de proyectar en este ámbito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad de mujeres y hombres, y de protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su personalidad, que proscribire toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o de particulares.

El Alto Tribunal, en este sentido, se ha pronunciado al manifestar que en aquellos casos en que se acredite la existencia de indicios suficientes,¹⁹ «según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado».²⁰

En los mismos términos, «ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnera de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo;²¹ que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales,²² y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda ante esas persecuciones sociales,²³ referidas por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria [...]. Ahora, dando un paso más, hemos de valorar, a tenor de las consideraciones supra expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (al nivel indiciario requerido en esta materia) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia, que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa abla-

¹⁹ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de febrero de 2007 (rec. 9036/2003) y 11 de mayo de 2009 (rec. 3155/2006).

²⁰ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de junio de 2011.

²¹ SSTS de 7 de julio de 2005 (rec. 210/2002) y 8 de julio de 2008 (rec. 2316/2005).

²² SSTS de 31 de mayo de 2005 (rec. 1836/2002), 9 de septiembre de 2005 (rec. 3428/2002) y 10 de noviembre de 2005 (rec. 3930/2002).

²³ SSTS de 28 de febrero de 2006 (rec. 735/2003), 15 de febrero de 2007 (rec. 9300/2003) y 31 de enero de 2008 (rec. 4773/2004).

ción genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital».²⁴

Por tanto, el argumento del Abogado del Estado al manifestar que la Sala de instancia realiza una interpretación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en el sentido de «que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», no es dable al no contemplarse en el supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho Internacional, no es compartida por el Alto Tribunal, dado que la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la pertenencia de un grupo social, a lo que alude el prenombrado artículo 3. Por consiguiente, el precepto merece protección al amparo cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de manera que se perpetúa la situación de padecimiento.

Huelga recordar que la reforma de la Ley de Asilo introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en sus países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral. Asimismo, el Tribunal Supremo trae a colación la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas de ACNUR que hace referencia a que las mujeres que temen ser perseguidas o teman sufrir discriminación a consecuencia de su sexo deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona, y promueve, por una parte, la aceptación del concepto de que la violencia sexual contra la mujer es una forma de persecución; por otra, la existencia de una base para conceder el estatuto de persona refugiada cuando un Gobierno no pueda o no quiera proteger a las mujeres que son objeto de malos tratos por transgredir normas sociales. Por tanto, los sujetos que ven negado el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia de los motivos enunciados en la Convención de Ginebra, y aquella negación de sus derechos les genera un daño grave en el que la vida se convierte intolerable, puedan solicitar el estatuto de persona refugiada.

Con todo ello, el Alto Tribunal comparte la interpretación de la Sala de instancia, en vista de que al realizar la interpretación de la legislación española concerniente al asilo, se fundamenta que es procedente la concesión del derecho de asilo a la mujer argelina, «porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el

²⁴ STS de 11 de mayo de 2009.

riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo [...]. En consecuencia con lo razonado, al rechazarse íntegramente el único motivo de casación articulado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1528/2007».²⁵

VII. REFLEXIÓN FINAL

El problema que se plantea con el binomio asilo y género es que en la Convención de Ginebra no se recoge explícitamente, es decir, no acoge como causa taxativa de asilo el motivo de género. Ello puede dar lugar a que se produzcan diferentes interpretaciones entre los países, y consideren que si no está escrito no es obligatorio. Por tanto, se estaría apoyando a la discriminación de la mujer por el simple hecho de serlo. La Convención fue redactada en un momento en el que no existía sensibilidad en materia de discriminación a las mujeres, por ello no se hace referencia expresa en ella.

Dicho en otros términos, los presupuestos sobre los cuales el derecho de asilo se ha construido se han visto alterados, debidos, en gran medida, a la irrupción de las demandas de asilo por parte de las mujeres que huyen de sus países por enfrentarse a una persecución por motivos de género. En este sentido, ACNUR juega un papel importante por defender la interpretación adecuada de refugiado para que abarque, a su vez, las solicitudes por motivos de género. Por ello no es necesario agregar un motivo más a la definición contenida en el Instrumento internacional.²⁶

Resulta plausible la actuación del legislador al acoger a las mujeres extranjeras a la hora de otorgarles el derecho de asilo cuando estas huyen de sus países de origen a consecuencia de un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género, gracias a la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De hecho, tras más de 20 años de la publicación de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se ha promulgado la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria,²⁷ el cual tiene por objeto «establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional».²⁸

Lo más relevante de la ley a objeto del presente comentario radica en el Título I, de la cual encuentra cabida a algunos de los aspectos más innovadores, con especial referencia a la dimensión

²⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de junio de 2011.

²⁶ 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 de ACNUR.

²⁷ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

²⁸ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: «Las reglas procedimentales para el reconocimiento de la protección internacional», *Revista Ceflegal*, núm. 112, 2010, págs. 29-76.

de género, con relación a los motivos que en caso de existir persecución pueden conducir a la concesión del estatuto de refugiado. Asimismo, incluye las correlativas causas que determinan el cese o la exclusión del disfrute del derecho de asilo, y señala los motivos de persecución en el que considera que un grupo constituye un grupo social determinado, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, a las personas que huyen de sus países debido a fundados temores a sufrir persecución singularizada por motivos de género. Otro aspecto relevante es la extensión familiar, en la que no es aplicable a su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia el derecho de asilo o la protección subsidiaria de la persona refugiada o beneficiaria de esta protección, cuando la persona haya sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente.

La primera concesión de asilo a una mujer víctima de violencia de género en España data del 31 de mayo de 2005. La solicitante era oriunda de un país del Golfo Pérsico que huía de los malos tratos de su marido y de su familia, y de la cual invocó fundados temores de persecución por pertenencia a un grupo social determinado. A la hora de conceder el asilo el Ministerio del Interior tuvo en consideración, aparte de los malos tratos recibidos y la falta de protección del país de origen, que en ese país se reconocen los matrimonios forzados y se discrimina a las mujeres casadas.²⁹ Esta resolución administrativa ha sido la primera que ha superado los obstáculos para poder conceder este derecho, que a muchas mujeres en las mismas circunstancias se les ha hecho cuesta arriba. Por consecuencia, representa el primer paso al reconocimiento de la violencia de género, en nuestro territorio, en esta materia y abre el camino para que las mujeres puedan acogerse a él.

Sin embargo, desde este primer reconocimiento administrativo han transcurrido cuatro años para que la Audiencia Nacional reconozca la condición de asilo a una mujer víctima de violencia de género, reconocimiento, como ya se ha apuntado, deviene del contenido de la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que 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 el que será de aplicación esta normativa a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género. A mi criterio, si no fuese por esta nueva disposición no se comenzaría a conceder la condición de asilado a este colectivo, ya que anterior a esta norma no existe ningún pronunciamiento judicial que reconozca la condición de asilo por violencia de género en los términos de la sentencia analizada. Unido al hecho de que la Administración ha sido renuente en conceder tal condición por este motivo. Situación que es plausible al empezar ya a reconocer, tanto el órgano administrativo como el orden jurisdiccional, el derecho de asilo a las mujeres que sufren violencia de género.³⁰

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en *Cefgestión*. CEF. Núms. 156-157, agosto-septiembre 2011.

²⁹ Si «el asilo político contribuye a la estigmatización de las dictaduras, ya iba siendo hora de empezar a estigmatizar a los sistemas jurídicos y políticos que toleran y amparan la persecución de las mujeres (y que) el genocidio, la tortura y la esclavitud son crímenes internacionales y junto a ellos debería figurar el maltrato institucionalizado a la mujer, porque al fin y al cabo se dirige contra un amplio sector de la población, al que se degrada tras convertirlo en objeto de dominio». GARCÍA ARÁN, M., «Al fin, asilo por maltrato», artículo publicado en *El Periódico de Cataluña*, del 4 de junio de 2005, pág. 7.

³⁰ *Vid.* KAHALE CARRILLO, D.: «El derecho de asilo por motivos de género», *Itinera Universitas*, abril, 2011, págs. 1-3.