

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

|  |     |
|--|-----|
| CARLOS RAMOS NUÑEZ<br><i>Presentación</i> .....  | 15  |
| <b>Migración y derechos fundamentales</b>  |     |
| LUIGI FERRAJOLI<br><i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i> .....  | 29  |
| FELIPE GONZÁLEZ MORALES<br><i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez<br/>migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i> .....                | 53  |
| GABRIEL GUALANO DE GODOY<br><i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i> .....  | 77  |
| JAVIER DE LUCAS<br><i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la<br/>Constitución española de 1978</i> .....  | 99  |
| MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ<br><i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación<br/>sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i> ..... | 113 |
| ISABEL BERGANZA SETIÉN<br><i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos<br/>humanos y la seguridad</i> .....   | 165 |
| JOSÉ KOEHLIN<br><i>Migración venezolana al Perú</i> .....  | 189 |
| CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ<br><i>Migraciones y Constitución española</i> .....  | 211 |

## **Discurso**

- GABRIEL GUALANO DE GODOY  
*Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas  
Migrantes y Refugiadas en las Américas.....* 233

## **Entrevista**

- JAVIER ADRIÁN  
*Entrevista al profesor Manuel Atienza.....* 241

## **Miscelánea**

- CLAUDIO NASH ROJAS  
*La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a  
una protección integral.....* 269

- MARTHA CECILIA PAZ  
*Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso  
Artavia.....* 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA  
*Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis.  
El impacto de la política económica europea en la doctrina del  
Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....* 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE  
*Algunos sentidos de derrotabilidad.....* 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ  
*Rol del Tribunal Constitucional peruano  
en materia laboral y previsional.....* 393

## **Jurisprudencia comentada**

- OMAR CAIRO ROLDÁN  
*La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional.  
Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....* 421

- NADIA IRIARTE PAMO  
*Derechos de los migrantes.  
Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....* 431

|   |     |
|---|-----|
| MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE<br><i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i><br><i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>  | 443 |
| SUSANA TÁVARA ESPINOSA<br><i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i><br><i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i><br><i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i> | 453 |
| <b>Reseñas</b>  |     |
| NATALINA STAMILE<br><i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>   | 461 |
| MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE<br><i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>  | 467 |
| CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA<br><i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>   | 473 |

## El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género

✉ MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ\*

### Sumario

**I.** Contextualización. **II.** Objetivos. **III.** El derecho de asilo y la trata con fines de explotación sexual: estado de la cuestión. 3.1. Análisis normativo. 3.2. Análisis conceptual. 3.3. Análisis jurisprudencial. 3.4. Cuestiones conflictivas. **IV.** Consideraciones finales. **V.** Bibliografía.

### Resumen

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria introduce como motivo de persecución para el reconocimiento del derecho de asilo la persecución por motivos de género. En concreto, dicha norma incorpora en su artículo 7 el siguiente párrafo: «Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo». Por su parte, el artículo 46 del mismo cuerpo legal reconoce a las víctimas de trata con fines de explotación sexual como beneficiarias de la protección internacional. Pues bien, en el marco del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y, en concreto, en el marco de los artículos 3, 60 y 61 de dicho texto legal, el presente trabajo analiza los términos de la aplicación e interpretación normativa en materia

---

\* Abogada y profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España).

de asilo a nivel jurisprudencial en casos de persecución por motivos de género y, específicamente, en supuestos de trata con fines de explotación sexual. En concreto, el análisis se centra en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-administrativo) en recursos de casación ante resoluciones administrativas denegatorias de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual. Se busca establecer (1) los términos en los que se interpreta y/o aplica la norma en materia de solicitud de asilo y/o protección subsidiaria en los casos delimitados anteriormente, (2) los motivos y/o razones de la denegación de asilo y/o justificación y (3) la posible evolución y/o cambio de criterio desde el punto de vista de una interpretación sensible al género *por mor* de lo preceptuado en el Convenio de Estambul. La finalidad última del presente estudio es reflexionar críticamente sobre propuestas de mejoras en el abordaje de este tipo de casos atendiendo al marco normativo vigente y/o, en su caso, la valoración de propuestas de cambios legislativos en aras de garantizar la eficacia normativa en materia de protección y tutela de los derechos de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual.

**Palabras clave**

Derecho de asilo, protección subsidiaria, trata con fines de explotación sexual, derecho antidiscriminatorio, violencia de género, aplicación e interpretación normativa sensible al género.

**Abstract**

Law 12/2009 of October 30, regulating the right to asylum and subsidiary protection introduces persecution on grounds of gender as a reason for persecution for the recognition of the right to asylum. In particular, this article incorporates the following paragraph in article 7: «Likewise, depending on the prevailing circumstances in the country of origin, people fleeing from their countries of origin are included due to well-founded fears of persecution for reasons of gender and, or, age, without these aspects alone can give rise to the application of this article». For its part, article 46 of the same legal body recognizes victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation as beneficiaries of international protection. Well, in the framework of the Council of Europe Convention on the prevention and fight against violence against women and domestic violence, made in Istanbul on May 11, 2011 and, specifically, within the framework of articles 3, 60 and 61 of said legal text, this work analyzes the terms of the application and normative interpretation in terms of asylum at the jurisprudential level in cases of

persecution for reasons of gender and, specifically, in cases of trafficking for the purpose of sexual exploitation. Specifically, the analysis focuses on the judgments of the Supreme Court (Contentious-Administrative Chamber) in appeals of cassation before administrative decisions denying asylum in cases of trafficking for the purpose of sexual exploitation. It seeks to determine (1) the terms in which the norm is interpreted and/or applied as regards asylum application and/or subsidiary protection in the cases outlined above, (2) the reasons and / or reasons for the denial of asylum and/or justification and (3) the possible evolution and/or change of criteria from the point of view of a gender-sensitive interpretation by virtue of the provisions of the Istanbul Convention. The ultimate purpose of this study is to reflect critically on proposals for improvements in the approach to this type of case, taking into account the current regulatory framework and/or, where appropriate, the evaluation of proposals for legislative changes in order to guarantee regulatory effectiveness in this area. of protection and protection of the rights of women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation.

**Keywords**

Asylum law, subsidiary protection, trafficking for the purpose of sexual exploitation, anti-discrimination law, gender violence, application and gender-sensitive normative interpretation.

**I. Contextualización**

**E**l estudio *El Asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida* (2016), de la Defensoría del Pueblo, recoge –en el apartado «presentación»– la necesidad de atender con especial diligencia las solicitudes de asilo relativas a menores, a personas con discapacidad y a víctimas de trata de seres humanos. En este punto, se alude a la importancia de una atención y abordaje especializado sobre la materia por parte de las y los profesionales implicados. Una especialización que requiere de un abordaje sensible al género, específicamente en casos de trata con fines de explotación sexual. Máxime si lo que se busca es la protección efectiva y la tutela de los derechos de las mujeres solicitantes de asilo. Lo expuesto obliga a referirnos al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

doméstica<sup>1</sup>, en donde se insta sin ambages a incorporar la perspectiva de género<sup>2</sup> como criterio de interpretación en la aplicación de las normas de protección internacional. Especial atención cabe prestar al texto de los artículos 60 y 61 del mentado documento que se extractan a continuación:

Artículo 60. Solicitudes de asilo basadas en el género

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la violencia contra la mujer basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1. A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria.

2. Las Partes velarán por la aplicación a cada uno de los motivos del Convenio de una interpretación sensible al género y porque los solicitantes de asilo puedan obtener el estatuto de refugiado en los casos en que haya quedado establecido que el riesgo de persecución está basado en uno o varios de esos motivos, conforme a los instrumentos pertinentes aplicables.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para desarrollar procedimientos de acogida sensibles al género y servicios de apoyo a los solicitantes de asilo, así como directrices basadas en el género y procedimientos de asilo sensibles al género, incluidos los relativos a la obtención del estatuto de refugiado y a la solicitud de protección internacional.

Artículo 61. La no devolución

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo

---

<sup>1</sup> Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE, núm. 137, de 6 de junio de 2014). Disponible en: <<https://goo.gl/tioAcg>>.

<sup>2</sup> La dición literal del artículo 6 del Convenio de Estambul es del siguiente tenor: «Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres».

necesarias para respetar el principio de no devolución, conforme a las obligaciones existentes derivadas del derecho internacional.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctima de torturas o de penas o tratos inhumanos o degradantes.

Teniendo en cuenta los preceptos anteriores, resulta de interés acotar conceptualmente la expresión «trata con fines de explotación sexual.» Una delimitación conceptual que parte de la indefinición –a nivel internacional– de lo que cabe entender por «explotación sexual». Aspecto que no resulta menor desde el punto de vista de su abordaje jurídico y, sobre todo, desde el punto de vista del análisis de casos en supuestos de solicitud y reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria por motivos de género. En este sentido, resulta significativo partir del concepto de trata recogido a nivel normativo interno en el Código Penal<sup>3</sup>. La dicción literal del párrafo primero del artículo 177 bis del Código Penal es del siguiente tenor

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

---

<sup>3</sup> Téngase en cuenta las modificaciones introducidas en el Código Penal tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este sentido conviene precisar que si bien es con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, cuando se introduce y tipifica el delito de trata de seres humanos dicha tipificación se lleva a cabo con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. El texto íntegro de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, Disponible en: <<https://bit.ly/1tszrab>>.

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Especial atención cabe prestar al tema del consentimiento en la medida en que es el propio artículo 177 bis en su párrafo tercero el que precisa que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero del mentado precepto.

Llegados a este punto, y antes de centrar los objetivos del presente estudio, resulta obligado precisar los elementos nucleares de la trata de personas y, específicamente, de la trata con fines de explotación sexual. Con respecto a la trata de personas cabe reseñar los siguientes aspectos: (1) la trata no es consentida, sin perjuicio de que pueda haber un consentimiento inicial obtenido mediante coacción, engaño o abuso, (2) la trata no siempre lleva de suyo un cruce ilegal de fronteras ya que puede haber víctimas de trata que no sean personas extranjeras en situación administrativa irregular, (3) la trata requiere –en todos los supuestos– de la intencionalidad de explotar a las víctimas y (4) la trata –desde el punto de vista delictual– es de carácter personalísimo (sin olvidar que también se deriva una responsabilidad estatal en el marco de la diligencia debida), ya que atenta contra derechos fundamentales (y humanos) que inciden directamente en la subjetividad jurídica y política de las personas.

Expuesto lo anterior, en el ámbito de la trata con fines de explotación sexual, la definición de Marta Fontenla<sup>4</sup> resulta reseñable en la medida en que identifica la trata con fines de explotación sexual como todo medio para proveer de mujeres y niñas el mercado de la prostitución. Denuncia

---

<sup>4</sup> Véase la definición de Marta FONTENLA en APRAMP (2011), *La Trata con fines de explotación sexual*, pp. 23. En línea, Disponible en: <<https://bit.ly/2GH9qe4>>. De la misma autora consúltese Marta FONTENLA «La prostitución, la trata de mujeres y niñas, y la ley: ¿derechos de las humanas o seguridad del Estado?», *Revista Mora*, núm.14, 2008, pp. 152-155. Disponible en: <<https://bit.ly/2TnEe9F>>

cómo la prostitución «(...) no es un acto individual de una mujer o de un grupo de mujeres», sino que es una práctica social «(...) en la que cualquier mujer, en algún momento, puede estar incluida». A tenor de lo anterior, sucintamente, cabría realizar cuatro consideraciones esenciales en relación con la trata con fines de explotación sexual:

a) Con respecto a la intencionalidad de explotar a las víctimas, esta se centra en la explotación de la sexualidad ajena por lo que cabría incluir como tales a la pornografía y la prostitución desde los postulados de los *Critical Legal Studies* o *Feminist Jurisprudence* cuyas representantes paradigmáticas son, entre otras, Bartlett<sup>5</sup>, Butler<sup>6</sup>, Facio<sup>7</sup>, Mackinnon<sup>8</sup>, Olsen<sup>9</sup> y Smart<sup>10</sup>. No obstante, estos aspectos no siempre resultan pacíficos en todas sus dimensiones;

b) Con respecto al carácter personalísimo de este tipo de delitos, en casos de trata con fines de explotación sexual el abordaje desde la dimensión de género se torna esencial. Máxime porque obliga a tener en cuenta la sexuación de los sujetos de derechos y sus implicaciones en todos los ámbitos relacionales de las personas. Desde esta óptica de análisis la identificación de la afectación de la trata a derechos específicos de las mujeres resulta esencial, a saber: derecho a la autonomía corporal, derechos sexuales y derechos reproductivos, etc.

c) Con respecto a la responsabilidad estatal en el marco de la diligencia debida, la trata con fines de explotación sexual –en tanto que violencia de género– supone una discriminación por razón de sexo y, por tanto, el Estado tiene la obligación de actuar a fin de perseguir y erradicar este tipo de prácticas.

---

<sup>5</sup> Katharine BARLETT y Rosanne KENNEDY (eds.), *Feminist legal theory: readings in law and gender*, Boulder, Westview Press, 1991.

<sup>6</sup> Judith BUTLER y Joan SCOTT (eds.), *Feminist theorize the political*, New York, Routledge, 1992.

<sup>7</sup> Alda FACIO, «Hacia otra teoría crítica del Derecho», en Gioconda HERRERA, *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Seminario «Género y Derecho: reflexiones desde la teoría y la práctica», Ecuador, FLACSO, 2000, pp. 15-44.

<sup>8</sup> Catharine MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge Harvard University Press, 1987.

<sup>9</sup> Frances OLSEN (eds.), *Feminist legal theory*, England, Dartmouth Publishing, 1995.

<sup>10</sup> Carol SMART, *Feminism and the power of law*, London, Routledge, 1989.

d) Por último, en lo que atañe a la denegación de asilo o no reconocimiento del mismo (o de protección subsidiaria) por parte de las autoridades estatales a nivel administrativo y/o judicial, cabría apuntar que su no reconocimiento podría implicar (en determinadas situaciones) supuestos de discriminación interseccional (o múltiple) a la que aluden, entre otras, Crenshaw<sup>11</sup>, Rey<sup>12</sup> y Sheppard<sup>13</sup>, en tanto que se está ante situaciones en donde confluyen e interactúan distintos supuestos de discriminación, potenciándose mutuamente los efectos negativos y perjudiciales, pudiéndose advertir un nuevo tipo de discriminación con autonomía propia<sup>14</sup>. En el caso de la trata con fines de explotación sexual los tipos de discriminación simultáneos que cabría identificar indiciariamente serían: (1) mujer, (2) extranjera o perteneciente a otra etnia y (3) víctima de trata con fines de explotación sexual.

Para finalizar esta apartado introductorio es preciso incluir algunos datos relacionados con la trata de personas y, específicamente, con la trata de personas con fines de explotación sexual extractados de la Memoria de la Fiscalía General del Estado<sup>15</sup> correspondiente a 2017. En este sentido, cabe reseñar que de 229 atestados incoados por parte de la Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Autonómicas por trata de personas: 207 expedientes corresponden a trata con fines de explotación sexual; 15, a explotación laboral; 4, con fines de mendicidad, y 3, a matrimonios

---

<sup>11</sup> Kimberly CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine», en *Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 139-167.

<sup>12</sup> Fernando REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008. pp. 251-283.

<sup>13</sup> Coleen SHEPPARD, *Multiple Discrimination in the World of Work*, Ginebra, International Labour Organization, 2011.

<sup>14</sup> Con respecto a la discriminación interseccional y/o múltiple véase el párrafo 1 del artículo 4 de la Recomendación General nº 25 de la CEDAW en donde se precisa lo siguiente: «Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distintas formas que a los hombres. Quizá sea necesario que los Estados Parte adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene».

<sup>15</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado (2017), Disponible en: <<https://bit.ly/2oV90tj>>.

forzados. Con respecto a los datos sobre las víctimas: 978 casos son de trata con fines de explotación sexual; 92 casos son por explotación laboral; 22, por explotación para la mendicidad, y 3, por matrimonio forzados. En lo que atañe al sexo de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual, en un 96,11% las víctimas son mujeres y en un 91,53% son extranjeras.

## II. Objetivos

Los párrafos introductorios del presente estudio permiten delimitar los objetivos del mismo, pudiéndose focalizar los siguientes ítems o parámetros de análisis:

Desde la reflexión crítica sobre la posición de las mujeres ante las narrativas y discursos jurídicos, esto es, desde la posición de las mujeres en y ante el Derecho<sup>16</sup>. Desde este prisma los objetivos del estudio se centran en dilucidar en qué términos se aplican e interpretan los criterios a observar en supuestos de solicitud de asilo y protección subsidiaria en casos de trata con fines de explotación sexual. El análisis se centra, básicamente, en el relato jurídico de las sentencias del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-administrativo– en recursos de casación ante denegaciones de asilo por parte de la administración.

Desde la reflexión crítica sobre la construcción de las mujeres como sujetos jurídico/políticos y, por tanto, desde la crítica jurídica a la eficacia normativa de las leyes –en general– cuando se obvia la perspectiva de género como criterio interpretativo en el Derecho<sup>17</sup> y como garantía específica de los derechos de las mujeres<sup>18</sup>. Desde esta óptica de análisis los postulados del derecho antidiscriminatorio se tornan esenciales en tanto permiten ampliar el espectro de las situaciones de discriminación en aras

---

<sup>16</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Las mujeres ‘en’ y ‘ante’ el Tribunal Constitucional», En *Agenda Pública: analistas de actualidad*. Disponible en: <<https://bit.ly/2Spzd7T>>.

<sup>17</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Mujer y Constitución*, núm. 10, 2018. Tribunal Constitucional, pp. 181-214.

<sup>18</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Iusfeminismo y agravante por razón de género, ¿dónde estamos?», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2017, Disponible en: <<https://bit.ly/2GJS0BQ>> Véase también María Concepción TORRES DÍAZ, «Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2017, Disponible en: <[goo.gl/I4Xsdlk](https://goo.gl/I4Xsdlk)>.

de identificar jurídicamente supuestos de discriminación directa, indirecta, interseccional (o múltiple) y estructural (o sistémica) y sus implicaciones a nivel normativo-legal y jurisprudencial.

Desde la reflexión crítica en torno a los discursos jurídicos en relación al cuerpo de las mujeres<sup>19</sup> como cuerpo «objeto» –que no sujeto– susceptible de transacción y/o utilización en tanto que cuerpo destinado a satisfacer necesidades sexuales ajenas. Desde este planteamiento cabe cuestionar el modelo normativo de lo humano<sup>20</sup> que permea en las normas jurídicas apostándose por su revisión y/o reformulación desde el feminismo jurídico como teoría crítica del Derecho y con los derechos.

### **III. El derecho de asilo y la trata con fines de explotación sexual: estado de la cuestión**

#### **3.1. Análisis normativo**

En este apartado resulta obligado referir sucintamente –consciente de no citar todas las existentes– las siguientes disposiciones normativas. Conviene precisar que no toda la normativa aludida es jurídicamente vinculante ante la ley (*hard law*) sino que también se incluyen recomendaciones, resoluciones y programas de acción enmarcados en lo que se conoce como *soft law*<sup>21</sup>, pero cuya relevancia estriba en que sirven de marco de interpretación y aplicación normativa:

En el ámbito internacional:

Declaración Universal de Derechos Humanos. Especial relevancia tienen los artículos 2, 3, 5<sup>22</sup>, 8, 9, 13.1<sup>23</sup> y 14. La dicción literal del artículo

---

<sup>19</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres: o, la artificiosa construcción del derecho a la gestación por sustitución», en A. CARRIO (coord.), *Maternidad subrogada: cuestiones a debate*, Barcelona, Marcial Pons (pendiente de publicación).

<sup>20</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, *Dret i Criminologia, Guies per a docència universitària amb perspectiva de gènere*, Castelló de la Plana, Xarxas Vives d'universitats, 2018.

<sup>21</sup> Kenneth ABBOTT y Duncan SNIDAL, «Hard and Soft Law in International Governance», en *Legalization and World Politics*, núm. 3, pp. 421-456.

<sup>22</sup> La dicción literal del artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la siguiente: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

<sup>23</sup> El apartado 1 del artículo 13 es del siguiente tenor: «1. Toda persona tiene derecho a

2 dispone: «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)». Cabe significar –a los efectos de este estudio– el contenido de los artículos 3 y 4. El artículo 3 reconoce a todo individuo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona mientras que el artículo 4 prohíbe la esclavitud, servidumbre y la trata de esclavos. En la misma línea cabe reseñar los artículos 8 y 14. El artículo 8 dispone

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

Por su parte, el artículo 14 es del siguiente tenor

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

123

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>24</sup>. Téngase en cuenta el contenido del artículo 1.A.2 en relación al término «refugiado». Con respecto a la condición jurídica de la persona que ostente el estatuto de refugiado, los artículos 12 a 16 de dicho cuerpo legal. El artículo 16 reconoce el derecho de acceso a los tribunales de las personas refugiadas. Por su parte –en el ámbito de las medidas administrativas– el artículo 26 reconoce la libertad de circulación y el artículo 27 el derecho a obtener documento de identidad a toda persona refugiada. Con respecto a las y los refugiados que se encuentren en situación administrativa irregular en el país de refugio el párrafo 1 del artículo 31 dispone textualmente

---

circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado».

<sup>24</sup> Puede consultarse el Instrumento 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). Disponible en: <<https://bit.ly/1qD8H4h>>.

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas. El artículo 1 insta a los Estados Partes a adoptar todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole para abolir y erradicar instituciones y prácticas análogas a la esclavitud entre las que se cita: la servidumbre por deuda, servidumbre de la gleba y toda institución o práctica en virtud de la cual (1) una mujer sea prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida, (2) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido la cedan a un tercero a título oneroso o de otra manera y (3) la mujer, a la muerte del marido, pueda ser transmitida por herencia a otra persona. A nivel conceptual cabe destacar el artículo 7 en el que se define «esclavitud» y «persona de condición servil» en los términos del Convenio sobre la Esclavitud de 1926. Con respecto a la «trata de esclavos» se define en los siguientes términos

124

Todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Especial relevancia tiene el artículo 1, en donde se establece la obligación de los Estados Partes a aplicar los artículos 2 a 34 de la Convención de 1951. Cabe reseñar también el apartado 2 del artículo 1, por cuanto modifica y actualiza la definición de persona refugiada, recogida en la Convención, siendo su delimitación conceptual como sigue

(...) 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 racionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Se observa cómo –en el momento de aprobación y ratificación de la Convención y del propio Protocolo– dentro del elenco de motivos de persecución para solicitar el estatuto de refugiado no se contemplaba la persecución «por razones o motivos de género».

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El artículo 2.1 preceptúa

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

125

El párrafo 3 del artículo 2 reconoce el derecho de todas las personas a interponer los recursos efectivos en caso de violación de derechos y libertades reconocidas en el Pacto ante las autoridades competentes: judicial, administrativa, legislativa o de otra índole. El artículo 3 insta a los Estados Partes a garantizar la igualdad de mujeres y hombres en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el *Pacto*. El artículo 8 prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas así como la servidumbre. El artículo 9 reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales y a no ser sometidos a detención o prisión arbitrarias.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Resultan significativos los siguientes preceptos: artículo 2 (obligación de los Estados Partes de garantizar los derechos recogidos en el Pacto sin discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de otra índole, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), artículo 3 (obligación de los Estados Partes de asegurar la igualdad de mujeres y hombres en el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales) y artículo 6 (obligación de los estados partes de reconocer el derecho a trabajar, esto es, el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>25</sup>. El artículo 1 delimita en todos sus términos la expresión «discriminación contra la mujer». De especial significación al objeto del presente estudio resulta el artículo 2, apartados a), b) y c). Dispone textualmente

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

126

Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Especial interés<sup>26</sup> adquiere el artículo 3 en

---

<sup>25</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983, España. Disponible en: <<https://bit.ly/29ceCbD>>.

<sup>26</sup> Con respecto a los fines del Protocolo de Palermo conviene significar el artículo 2 en donde se recoge los fines de dicho cuerpo legal: (1) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a mujeres y niños/as, (2) proteger y ayudar a las víctimas de trata, respetando sus derechos y (3) promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos

la medida en que delimita la trata de personas en los siguientes términos

La captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual<sup>27</sup>, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Sobre el término «explotación sexual», ni el Protocolo de Palermo ni ningún otro documento jurídico internacional ofrece una definición sobre la misma. Los mismos comentarios cabría aplicar con respecto al término «prostitución». En este sentido, el Protocolo de Palermo deja que sean los Estados Partes los que aborden y delimiten jurídicamente la prostitución en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, observándose –en líneas generales– dos enfoques a nivel global en cuanto al tratamiento jurídico de la prostitución: (1) prostitución obligada y (2) prostitución voluntaria, advirtiéndose permisividad social y, por ende, una actitud acrítica desde el punto de vista jurídico con respecto a la segunda.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo 2 dispone

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros

---

fines.

<sup>27</sup> Entre la casuística de trata con fines de explotación sexual cabe significar: (1) explotación de la prostitución ajena, (2) pornografía, (3) espectáculos de carácter sexual, (4) turismo sexual, (5) matrimonio forzoso o servil, (6) matrimonio infantil, (7) matrimonio con fines de procreación, etc.

miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación, b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada, c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra.

Desde el punto de vista del presente estudio, repárese en la conceptualización de la trata de mujeres y la prostitución forzada como formas de violencia contra la mujer. En la misma línea, téngase en cuenta que la violencia relacionada con la explotación también se delimita conceptualmente como violencia contra la mujer. Véase también el artículo 4 en sus apartados c) y d) cuando insta a los Estados a aplicar todos los medios apropiados encaminados a eliminar la violencia contra la mujer y en tal sentido obliga a los estados a «(...) proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, (...) castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares» y a reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia y, en tal sentido, debe garantizárseles el acceso a los mecanismos de justicia.

128

Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Entre las directrices y/o pautas a seguir cabe reseñar: la primacía de los derechos humanos, la prevención de la trata de personas, la protección y asistencia a las víctimas así como la penalización, sanción y reparación. En relación con la primacía, cabe significar la obligación de los estados de «(...) actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes cometen este delito y ayudar y proteger a las víctimas de ella» todo esto de acuerdo con el derecho internacional.

En el ámbito internacional regional.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>28</sup>. Los artículos 4, 5, 6, 14 y 16 resultan relevantes. En lo que atañe a la prohibición de discriminación, el artículo

---

<sup>28</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en: <<https://bit.ly/1dtlmBg>>.

14 preceptúa

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Repárese en la posición que ocupa la discriminación por sexo y por raza dentro del elenco de motivos por los que tradicional e históricamente las personas han sufrido situaciones de discriminación.

Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Especial relevancia tiene el artículo 1.1 en cuanto delimita textualmente su objeto en los siguientes términos

El presente Convenio tiene por objeto: a) Prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género; b) Proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la igualdad de género, y asegurar investigaciones y actuaciones penales eficaces; c) Promover la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos.

129

En esta misma línea, cabe citar el artículo 3 que recoge el principio de no discriminación en la aplicación de las disposiciones del Convenio citando de forma expresa la no discriminación por razón de sexo, de raza, de color y de lengua. En relación a la delimitación normativa de «trata de seres humanos», el artículo 4 precisa

Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo,

la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

El artículo 10 aborda el tema de la identificación de las víctimas de trata, y el artículo 12, la asistencia a las víctimas instando a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas necesarias (o de otra índole) para asistir a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social. Especial relevancia tiene el artículo 17 por cuanto recoge de forma expresa la igualdad de género en los siguientes términos

Cada Parte, al aplicar las medidas previstas en el presente capítulo, hará lo posible por promover la igualdad de género y la integración de la perspectiva de género en el desarrollo, ejecución y evaluación de dichas medidas.

130

Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica. De especial significación resultan los artículos 1.1.b), 3.c), 4.1 y 2, 5, 11 y 14. Extracto –en este punto– por su importancia, los apartados 1 y 2 del artículo 4. Disponen textualmente

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.

En el contexto europeo:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El texto del artículo 67 es como sigue

1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una

política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países (...).

Se debe tener en cuenta también las siguientes Directivas y Reglamentos: Directiva 2004/83/CE del Consejo; Directiva 2005/85/CE del Consejo; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) N.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) N.º 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>29</sup>. Los artículos 1, 20, 21 y 23 cobran una especial significación al objeto del presente estudio. En relación a la dignidad, el precepto mentado señala la inviolabilidad de la dignidad humana y la obligación de respeto y protección por parte de todos los actores estatales y particulares. Con respecto a la igualdad ante la ley, se hace una especial precisión de reconocimiento igualitario de todas las personas ante la ley. Por último, en relación a la no discriminación, se precisa textualmente

131

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Finalmente, en relación al derecho de asilo cabe citar expresamente el artículo 18 que dispone: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

---

<sup>29</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000). Disponible en: <<https://bit.ly/2GO6j8H>>.

y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Con respecto a la trata de personas, cabe significar los artículos 4 y 5. El apartado 3 del artículo 5 prohíbe expresamente la trata de seres humanos.

Ámbito nacional:

Constitución española. Los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 10.2, 13.4, 15, 17, etc. Con respecto al reconocimiento constitucional del derecho al asilo, el texto del artículo 13.4 es del siguiente tenor: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Cabe significar cómo su articulación constitucional remite a una ley de desarrollo para dotar de contenido al mismo. Se está, por tanto, ante un derecho de configuración legal.

Ley 9/1994 de 19 de mayo. La norma delimita el derecho de asilo en los siguientes términos

(...) protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de las siguientes medidas durante el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo: a) Autorización de residencia en España, b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios, c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles, d) Cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales referentes a los refugiados suscritos por España.

132

Real Decreto 203/1995. El reglamento se centra en el procedimiento para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado [a] y las normas y garantías que deben regir los procedimientos de inadmisión a trámite. Regula los efectos de las resoluciones favorables o desfavorables de las solicitudes de asilo y los recursos susceptibles de interponerse tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal de 1995 en su redacción original no incluía el delito de trata de personas. Por tanto, hubo que esperar a la modificación llevada

a cabo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para que el legislador penal introdujera el artículo 177 bis. Dicho precepto fue objeto de modificación – en sus apartados 1 y 4– a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada – entre otras – por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Los artículos 34, 31bis y 59bis son especialmente significativos. Con respecto a las víctimas de trata de seres humanos, el apartado 2 del artículo 59bis precisa lo siguiente

Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente (...).

133

Cabe resaltar que el período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de noventa días en donde la víctima podrá decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito. En este período no se incoará expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Cabe subrayar la delimitación normativa y conceptual de la violencia de género en el marco de relaciones asimétricas de poder del sistema sexo/género. La lectura de la exposición de motivos resulta clave por cuanto rompe con la tradicional separación entre delitos públicos y/o privados en el ámbito de la violencia contra las mujeres. Precisa que la violencia de género «(...) no es un problema que afecte al ámbito privado» sino que se manifiesta «(...) como el símbolo más brutal de la desigualdad existente» ya que se dirige «(...) sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo».

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. El artículo 1 delimita el objeto de la ley que no es otro que hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres y la eliminación de toda forma de discriminación.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El artículo 2 delimita el derecho de asilo entendiéndolo como

(...) la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En relación al reconocimiento de la condición de persona refugiada el artículo 3 señala

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

134

En lo que atañe al reconocimiento expreso de la persecución por motivos de género para la solicitud de asilo, cabe resaltar el último párrafo del artículo 7 que reza

Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.

En la misma línea se pronuncia el artículo 46 de dicho cuerpo legal en cuanto que reconoce a las víctimas de trata con fines de explotación sexual como beneficiarias de la protección internacional. Desde el punto de vista de la casuística de los actos de persecución cabe remarcar: (1) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, (2) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias o que se apliquen de forma discriminatoria, (3) procesamientos o penas que sean desproporcionadas o discriminatorias, (4) denegación de tutela judicial y (5) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. Con respecto a los agentes de persecución o causantes de daños graves, el artículo 13 ocupa un lugar relevante en la medida en que identifica: (1) al Estado, (2) a partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio y (3) a agentes no estatales siempre y cuando los agentes mencionados con anterioridad o puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o daños graves.

### **3.2. Análisis conceptual**

Desde el punto de vista conceptual este apartado se centra en el análisis, delimitación y evolución conceptual del término asilo (derecho de asilo) y, por extrapolación, protección subsidiaria, así como de la trata de personas y, específicamente, de la trata de personas con fines de explotación sexual. El análisis propuesto parte del privilegio epistémico de los conocimientos situados aplicados al discurso jurídico y a las narrativas críticas del Derecho y con los derechos articuladas desde el *iusfeminismo* o feminismo jurídico.

En relación con los conocimientos situados, téngase en cuenta las aportaciones de Nancy Hartsock<sup>30</sup>, Sandra Harding<sup>31</sup> y de Alison Wylie<sup>32</sup> en cuanto ponen en valor el carácter situado de todo tipo de

---

<sup>30</sup> Nancy HARTSOCK, «The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism», en Sandra HARDING y Merrill HINTIKKA (eds.), *Discovering Reality: Feminist Perspectives on Metaphysics, Epistemology, Methodology and Philosophy of Science*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1983, pp. 283-310.

<sup>31</sup> Sandra HARDING, «Rethinking Standpoint Epistemology: What is Strong Objectivity?», en Linda ALCOFF y Elizabeth POTTER, (eds.), *Feminist Epistemologies*, New York: Routledge, 1993, pp. 49-82.

<sup>32</sup> Alison WYLIE, «Why Standpoint Matters» en Robert FIGUEROA y Sandra HARDING (eds.), *Science and Other Cultures: Issues in Philosophies of Science and Technology*, New York, Routledge, 2003, pp. 26-48.

conocimientos –también en el ámbito de lo jurídico–, y la experiencia de poder (o no poder) del sujeto cognoscente en relación al sujeto/objeto de conocimiento. Desde estos postulados cabe resignificar el concepto de objetividad del conocimiento de tal forma que la objetividad se defina como «conocimientos situados», esto es, como un acercamiento a los saberes desde la parcialidad y subjetividad del sujeto cognoscente y de su posición y/o lugar en el ámbito de las relaciones jurídicas. Las experiencias de las mujeres en relación con el discurso jurídico y la propia construcción de las mujeres como sujeto jurídico/político a través de las narrativas jurídicas resultan cruciales. Máxime si de lo que se trata es de reflexionar críticamente sobre el modelo normativo de lo humano extrapolado a lo largo de la historia a través de un concepto amplio y extenso de ley.

La delimitación conceptual y normativa del derecho de asilo (y su propia evolución) permite evidenciar la parcialidad jurídica del sujeto jurídico/político, por cuanto la propia definición de refugiado obliga a plantearse en términos jurídicos críticos en quién pensaba el legislador a la hora de dotar de contenido y reconocer el derecho de asilo y el derecho de protección subsidiaria. En la misma línea, cabría reflexionar sobre la delimitación conceptual de la trata de personas y, específicamente, de la trata con fines de explotación sexual. Abundando más en la materia, cabría extrapolar dicha reflexión crítica a expresiones como «explotación sexual» y «explotación de la sexualidad ajena» en tanto que sobre ambas subyace una gran indeterminación jurídica que no es neutral en términos de sexo/género.

Lo expuesto invita a detenerse en la propia definición de asilo en la medida en que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define –en su primera acepción– como el «lugar privilegiado de refugio para los perseguidos». Por su parte, la tercera acepción alude a «amparo, protección, favor», siendo la cuarta acepción la que introduce una nueva entrada «asilo político» precisando que «se concede a un extranjero desterrado o huido de su país por motivos políticos». Con respecto a la delimitación conceptual de «asilo» recogida en el Diccionario del español jurídico, cabe significar la siguiente definición derivada del derecho internacional público: «protección que el Estado puede brindar a determinados individuos, extranjeros o apátridas, que en sus Estados de origen son objeto de una

persecución individualizada por motivos ideológicos o políticos».

Con respecto al derecho de asilo y al derecho a la protección subsidiaria, las cuestiones nucleares sobre las que profundizar desde el punto de vista conceptual y, por ende, normativo así como su evolución podrían ser las siguientes:

¿Cuál es el origen del derecho de asilo? ¿Cuándo surge la necesidad de su reconocimiento? ¿En qué contexto histórico y/o político/social? ¿Frente a qué tipo de conflictos? ¿En qué ámbito (público/político *versus* privado/doméstico)? ¿Frente a qué agentes de persecución? ¿Frente a qué tipo de actos y/o actuaciones? ¿Qué requisitos se exige acreditar a las personas solicitantes de asilo para su reconocimiento?

¿En qué términos se define el derecho a la protección subsidiaria? ¿Cuál es su contenido? ¿A quién o quiénes va dirigido? ¿Qué requisitos se exigen para su reconocimiento?

¿Cuáles son los motivos de persecución para solicitar el derecho de asilo y/o protección subsidiaria? ¿En qué momento o contexto se introduce como causa de persecución las razones o motivos de género? ¿En qué términos se identifica? ¿Cuál es la casuística? ¿Y las dificultades para su identificación? ¿Se prevé la trata de personas con fines de explotación sexual como motivo de persecución por razones de género?

En lo que atañe a las situaciones de trata de personas y, específicamente, de trata de personas con fines de explotación sexual, a nivel conceptual el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define «trata» en los siguientes términos: «Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos». A continuación se incluye la siguiente entrada «trata de blancas», definiéndola como sigue: «Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas con coacción o mediante engaño a centros de prostitución para su explotación sexual». Las definiciones anteriores constituyen el punto de partida para profundizar en la materia teniendo en cuenta el marco normativo aludido. Los aspectos o cuestiones sobre las que profundizar – desde un análisis sensible al género– en aras de su identificación y posterior abordaje se enumeran a continuación:

¿En qué términos se delimita normativamente la trata de personas? ¿Qué elementos permiten su diferenciación con respecto a otro tipo de conductas abusivas y de explotación? ¿Qué relevancia se da al «consentimiento» de la víctima en los casos de trata de personas? ¿Y a la situación (o situaciones) de vulnerabilidad social de las víctimas? ¿Se tiene en cuenta la perspectiva de género a la hora de identificar situaciones de vulnerabilidad social derivadas del sistema sexo/género?

¿Qué notas caracterizan la trata de personas con fines de explotación sexual? ¿Cuáles son los elementos a tener en cuenta para su identificación? ¿En qué términos se tipifica este tipo de conductas en la normativa penal? ¿Qué cabe entender normativamente por «explotación sexual»? ¿Y por «explotación de la prostitución ajena»? ¿Cómo afectan el sexo, la raza, la étnia, la pobreza económica, etc. en los casos de trata? ¿Cabría hablar de concurrencia y/o solapamiento de situaciones de discriminación? ¿Discriminación múltiple? ¿Discriminación interseccional? ¿Discriminación estructural o sistémica? ¿En qué términos cabría conceptualizar la trata con fines de explotación sexual como forma específica de violencia de género? ¿Y como forma de discriminación del sistema sexo/género? ¿Qué implicaciones tiene (o podría tener) en aras del reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria?

El marco conceptual que cabe perfilar a través de las cuestiones planteadas junto al elenco normativo referido –internacional, regional internacional, europeo, constitucional y normativo interno–, permite realizar las siguientes consideraciones:

El derecho de asilo se reconoce normativamente por primera vez en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Su desarrollo y concreción a nivel internacional se lleva a cabo a través de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El contexto político, social y jurídico en el que se aprueba dicha norma permite entender el carácter limitado del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. No obstante, este aspecto se subsana con la aprobación del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados [as]. La delimitación conceptual de *refugiado* resulta clave para el desarrollo normativo interno de los Estados Partes. Una delimitación

conceptual sobre la que cabría articular críticas desde un análisis sensible al género en una triple dimensión, a saber: (1) en primer lugar, desde la construcción hegemónica del modelo normativo de lo humano. Una construcción que cabe cuestionar cuando la norma alude a refugiado y no a persona refugiada; (2) en segundo lugar, al identificar en la norma a los agentes de persecución única y exclusivamente como sujetos que operan en el ámbito público/político dejando en un segundo plano la dimensión privada/doméstica y las actividades omisivas o de dejación por parte de los poderes públicos y, (3) por último, al excluir –en sus inicios– las razones de género como motivo de persecución estatal en los lugares de origen.

Las mismas consideraciones críticas cabría realizar con respecto al abordaje de las situaciones de asilo a nivel europeo. No obstante, en dicho ámbito se observan avances desde el punto de vista normativo. En un primer momento, con la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al comprometerse a desarrollar una política común de asilo. En la misma línea es preciso aludir al artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de asilo –si bien es cierto que remite para su aplicación a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967–. Sin perjuicio de lo comentado, es la Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de los nacionales de terceros países o apátridas la que implica avances desde el punto de vista del reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de los sujetos solicitantes. La exigencia de delimitar el motivo de persecución por «pertenencia a un determinado grupo social» teniendo en cuenta el sexo de la persona solicitante de asilo, la identidad de género y la orientación sexual advierte de un cierto cambio de paradigma –al menos– normativamente. Finalmente, será el Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, el texto normativo que resulta clave para analizar la aplicabilidad del derecho de asilo en el estudio de casos concretos de persecución por motivos de género.

En el ámbito normativo interno, no es hasta la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria cuando se incluye como motivo de solicitud de asilo los fundados temores

de persecución por motivos de género. No obstante, se introduce el siguiente matiz: «(...) sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo». En este punto cabe precisar que la casuística de persecución por motivos de género es amplia.

A continuación se citan algunos ejemplos: mutilación genital femenina u otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud; persecución por no acatar normas y costumbres tradicionales y discriminatorias; crímenes de honor o relacionados con la dote; pertenencia a colectivos LGTBI, matrimonio forzoso o precoz, mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, mujeres víctimas de violencia sexual en conflictos armados, mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o expareja, mujeres que sufren violencia reproductiva ante casos de planificación familiar forzosa, etc. En todos estos supuestos la introducción en la norma como agente de persecución a agentes no estatales cobra una nueva dimensión desde el *iusfeminismo*, puesto que se tiene en cuenta la organización socio/sexual de la realidad en el sistema sexo/género y sus implicaciones en la tutela de los derechos de las mujeres. Otro aspecto a destacar es la inclusión como acto de persecución de las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias o que se apliquen de forma discriminatoria. La perspectiva de género en este ámbito es de suma importancia en relación a identificar cómo actos de persecución constituyen prácticas discriminatorias hacia las mujeres «desde» y «en» la norma.

140

En lo que atañe a la trata de personas y, específicamente, a la trata de personas con fines de explotación sexual, varias consideraciones previas desde el punto de vista del abordaje conceptual y normativo:

Los primeros textos contra la trata de personas datan de principios del siglo XX; concretamente, la Convención de 1926 y la Convención suplementaria de 1956. Se articulan en el marco de la lucha contra la esclavitud y la servidumbre y en ningún momento exigen acreditar situaciones de violencia, coacción o abuso de situación de vulnerabilidad social.

No obstante, el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de

Personas, especialmente Mujeres y Niños [as]<sup>33</sup>, sí exige acreditar amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Las mismas consideraciones cabría realizar con respecto al Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, de 16 de mayo de 2005. Sobre este último documento se insta a los Estados a garantizar la igualdad de género para prevenir y combatir la trata de seres humanos y se insta a introducir el principio de no discriminación en la aplicación del Protocolo. Sobre el principio de no discriminación, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) resulta clave, así como la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, en cuanto a la delimitación de la expresión «violencia contra la mujer». Por su parte, el Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 supone un avance significativo en cuanto insta a garantizar la igualdad de género en las políticas de prevención y abordaje de la trata de personas centrandó las actuaciones de los poderes públicos en las personas e introduciendo el principio de no discriminación en la aplicación normativa. Como nota negativa cabría resaltar la exigencia de amenaza o uso de la fuerza o formas de coerción –por las dificultades probatorias– y la indeterminación de expresiones como «explotación de la prostitución ajena» o «explotación sexual».

En el ámbito europeo es preciso destacar el apartado 3 del artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto prohíbe expresamente la trata de seres humanos y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas. La Directiva apela de forma expresa a la implementación de la perspectiva de género en la prevención del delito de trata y sigue aludiendo en materia de explotación a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de «explotación sexual».

Desde el punto de vista normativo interno, la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, determinan el marco normativo y conceptual de abordaje en la medida

---

<sup>33</sup> Protocolo de Palermo de 15 de noviembre de 2000.

en que permiten conceptualizar la trata de personas con fines de explotación sexual (1) como una forma determinada de violencia de género a tenor del marco internacional, (2) como conducta discriminatoria del sistema sexo/género y (3) como vulneración específica de los derechos de las mujeres (vida; integridad física y moral; libertad; igualdad y no discriminación; intimidad personal y familiar; honor; propia imagen; salud sexual y salud reproductiva; trabajo; educación; etc.). Desde estas premisas, la actuación estatal y la protección de las víctimas cobra (o debería cobrar) un lugar protagónico en el marco de la diligencia debida en aras de reconocer el derecho de asilo (y/o, en su caso, la protección subsidiaria).

En el ámbito penal, la tipificación del artículo 177 bis del Código Penal ha resultado clave en la persecución de la trata con fines de explotación sexual, sin perjuicio de que se tenga que seguir avanzando en la materia. Sirva como ejemplo la ineficacia de la última reforma penal para perseguir el llamado «proxenetismo consentido» –explotación sexual consentida por las mujeres prostituidas– por su atipicidad. La razón estriba en que la norma penal sigue exigiendo demostrar abuso para perseguir penalmente al proxeneta. La dicción literal del artículo 187.1 del Código Penal<sup>34</sup> concentra las críticas sobre la materia, siendo su reforma realmente necesaria.

142

### **3.3. Análisis jurisprudencial**

El apartado B.21 de la Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la *Justicia*, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 3 de agosto de 2015, alude a la «(...) obligación de los Estados Partes de adoptar medidas jurídicas apropiadas y otras medidas para eliminar todas las formas de discriminación

---

<sup>34</sup> El contenido textual del artículo 187.1 del Código Penal dispone: «1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica; b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas».

contra la mujer por parte de autoridades públicas y agentes no estatales como individuos así como organizaciones o empresas». Por su parte, el apartado B.22 del mismo documento se hace eco del desigual punto de partida de las mujeres –con carácter general– en el acceso a la *Justicia* derivado de la forma de socialización patriarcal. El texto del anterior precepto es el siguiente

Las mujeres, no obstante, hacen frente a muchas dificultades para obtener acceso a la justicia como resultado de la discriminación directa e indirecta (...). Esa igualdad no solo aparente en el contenido discriminatorio y/o las consecuencias discriminatorias de las leyes, los reglamentos, los procedimientos, la jurisprudencia y las prácticas, sino también en la falta de capacidad y conocimientos de las instituciones judiciales y cuasi judiciales para tratar adecuadamente de las violaciones de los derechos humanos (...). «(...) Las instituciones judiciales deben aplicar el principio de igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención y deben interpretar las leyes, incluidas las leyes nacionales, religiosas y consuetudinarias, de conformidad con esa obligación (...).

Se observa cómo el momento actual precisa apostar por una eficacia normativa desde la perspectiva de género. Eficacia que resulta exigible y extrapolable al reconocimiento del derecho de asilo y/o derecho a la protección subsidiaria en casos de persecución por motivos de género y, específicamente, en casos de trata con fines de explotación sexual.

Partiendo de lo expuesto en el párrafo anterior, el análisis jurisprudencial propuesto en el presente apartado se centra en el estudio de sentencias del Tribunal Supremo –recursos de casación– en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado ante la solicitud de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual. No obstante, se comentan también aquellos pronunciamientos más relevantes con respecto a reconocer el derecho de asilo y/o protección subsidiaria ante situaciones de persecución por motivos de género. Se busca determinar (1) los términos en los que se interpreta y/o aplica la norma en materia de solicitud de asilo y/o protección subsidiaria en los casos delimitados anteriormente, (2) los motivos y/o razones de la denegación de asilo y/o justificación y (3) la posible evolución y/o cambio de criterio desde el punto de vista de una interpretación sensible al género *por mor* de lo preceptuado en el Convenio de Estambul.

La primera sentencia objeto de comentario es la STS de 11 de mayo de 2009 (Sala de lo Contencioso-administrativo) –recurso de casación núm. 3155/2006– en un caso de solicitud de asilo por persecución en base a razones de género y, en concreto, en un caso de mutilación genital femenina. Conviene precisar que en él se impugna –en casación– ante el Tribunal Supremo (TS, en adelante) una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución denegatoria de asilo del Ministerio del Interior de 14 de abril de 2004. En dicha sentencia la Audiencia Nacional desestima la petición de asilo pero estima la petición de permanencia en España de la víctima por razones humanitarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2<sup>35</sup> de la propia normativa de asilo. A los objetos del presente estudio, cabe extraer los siguientes párrafos que recogen parte de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Nacional

144

La Resolución recurrida se fundamenta básicamente en que: la solicitante no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia; en que el relato resulta inverosímil e incongruente; y finalmente en que los elementos probatorios aportados por la solicitante en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de persecución. Concluye la Resolución que la solicitante ha incumplido los deberes que legalmente se le imponen, dificultando el estudio de la solicitud.

La recurrente (y víctima) ante el TS precisa –como primer motivo casacional– la infracción del artículo 3.1 de la Ley de Asilo y el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra resaltando que, en su caso, se dan los requisitos exigidos legalmente para tener la consideración de refugiada

Puesto que la lesión física y psíquica consistente en la mutilación genital que ha sufrido –y cuya existencia la sentencia reconoce hasta el punto de basar en ella la autorización de permanencia en España por razones

---

<sup>35</sup> El párrafo 2 del artículo 17 de la Ley 5/1984 dispone: «En caso de disponerse la expulsión, no podrá efectuarse a un país donde la persona expulsada pueda tener motivos fundados para temer persecución o castigo, en los términos del artículo 3 de esta ley».

humanitarias— así como el matrimonio forzoso a que se vio abocada, son formas de violencia de género que deben ser consideradas con entidad suficiente para ser configurados como persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado (...).

El segundo motivo casacional alegado por la víctima se basa en la infracción del artículo 8<sup>36</sup> de la Ley de Asilo y de la jurisprudencia relativa a la suficiencia de prueba indiciaria en la materia. Precisa que el relato de los hechos es preciso y coherente «(...) puesto en relación con la acreditación médica de la ablación genital que ha sufrido, es totalmente verosímil en el contexto del país del que procede (Nigeria), por lo que entiende que ha aportado indicios de prueba suficientes a los efectos de la concesión del asilo solicitado».

El F.J. 3 resulta de interés en la medida en que el Alto Tribunal alude a una reiterada jurisprudencia en la que precisa que «(...) una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos es causa de asilo» (ssts de 7 de julio de 2005 y 8 de julio de 2008). En la misma medida recuerda las ssts de 31 de mayo de 2005, 9 de septiembre de 2005 y 10 de noviembre de 2005 en las que el TS señala que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable como motivo de persecución por razones sociales. En relación con los matrimonios forzosos —cita las ssts de 28 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2007 y 31 de enero de 2008— donde precisa que esta circunstancia resulta encuadrable entre las persecuciones por motivos sociales.

Sobre la base del bagaje jurisprudencial que recoge la sentencia, el F.J. 7 resulta clave en el reconocimiento del derecho de asilo en la medida en que realiza una valoración contextual de (1) la situación descrita, (2) del relato de la víctima, (3) de las pruebas indiciarias aportadas y (4) de las específicas vulneraciones de derechos al que se ven sometidas muchas mujeres en sus lugares de origen. El TS colige lo siguiente

---

<sup>36</sup> El artículo 8 de la Ley 5/1984 es del siguiente tenor: «Para que se resuelva favorablemente la petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos previstos en los números 1 a 3 del artículo 3 de esta Ley».

- 1) El relato de la víctima es verosímil y acreditado a nivel indiciario que es el exigido o requerido en la materia. El Alto Tribunal precisa que «el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse como inverosímil».
- 2) Se tiene en cuenta que en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina y la práctica de los matrimonios forzosos.
- 3) Se tiene en cuenta que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal.
- 4) Se pone en relación los anteriores aspectos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sido víctima de mutilación genital femenina.
- 5) Lo expuesto permite acreditar que se cumple con lo exigido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, para la concesión del derecho de asilo que son los «indicios suficientes» para deducir que se cumple con los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal.

146

En segundo lugar, por su interés para el presente estudio, cabe analizar la sentencia STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 15 de junio de 2011, en donde el Alto Tribunal reconoce que la violencia de género es motivo de persecución que justifica el asilo en España. En este caso se resuelve el recurso de casación presentado por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009 en la que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima) frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007. La sentencia de la Audiencia Nacional de 2007 declara «el derecho de la recurrente a que le sea otorgado el asilo solicitado (...)». Cabe prestar especial atención al F.J. 4 cuando señala que el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional no puede ser acogido en base a los siguientes argumentos

(...) 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 la condición de refugiado, en relación con el concepto de refugiado a que alude el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (...) y el Protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al apreciar, atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto enjuiciado, que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la recurrente (...) nacional de Argelia, y sus hijos menores de edad (...), de nacionalidad argelina, como consecuencia de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido, que se califican, por su especial intensidad y gravedad, de trato inhumano o degradante, en razón de su naturaleza y reiteración, es incardinable como persecución por motivos de género, lo que determina que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, resulte procedente la concesión del derecho de asilo.

Cabe destacar la cita expresa que recoge la sentencia en relación al marco normativo aplicable (internacional, constitucional y nacional) en la medida en que alude a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [as] de 1951, al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados [as] de 1967, a la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado y, específicamente, a la introducción de la Disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres que modifica la Ley 5/1984 precisando lo siguiente: «(...) lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género». En los mismos términos cabe resaltar la dimensión constitucional que reconoce la sentencia con respecto al derecho de asilo con cita expresa del artículo 13.4 CE y su vinculación con el desarrollo de mandatos constitucionales de primer nivel insertos en los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15 de la Constitución española. Las siguientes líneas resultan relevantes desde el punto de vista del sustento constitucional y del reconocimiento del derecho de asilo en supuestos de persecución por razones de género

(...) El reconocimiento del derecho de asilo respecto de ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la

finalidad 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.

Igualmente, cabe apuntar las referencias concretas que realiza la sentencia a la *Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas*<sup>37</sup>, promulgada en 1991 por ACNUR, en donde se pone de manifiesto que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo «(...) deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona refugiada». Además, se insta –en la *Guía*– a promover la aceptación de que la violencia sexual contra la mujer sea una forma de persecución y de que la dejación de los gobiernos y/o los Estados en relación a la protección de las mujeres que son objeto de malos tratos y violencias específicas constituya una base para la concesión y reconocimiento del estatuto de persona refugiada.

148

En sentido contrario al pronunciamiento anterior, cabe prestar atención a la STS 5927/2011, (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 19 de septiembre de 2011 en donde el TS, tras reconocer que la violencia de doméstica<sup>38</sup> es susceptible de reconocimiento de asilo por motivos de género, deniega la solicitud al entender que la recurrente (víctima) no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido. El F.J. 5, tras una alusión genérica a numerosas sentencias del TS en donde de forma reiterada se ha venido declarando que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951 y que la vulneración de forma evidente y grave de los derechos de las mujeres víctimas en su país de origen es causa de asilo, precisa que dichas consideraciones generales deben ser puestas en relación con las concretas

---

<sup>37</sup> Véase ACNUR. *Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas*, 1991. Disponible en: <<https://bit.ly/2QeQrTJ>>.

<sup>38</sup> El Tribunal Supremo así como la Audiencia Nacional aluden a violencia doméstica y no conceptualizan la situación de violencia vivida y relatada por la solicitante de asilo como violencia de género cuestión a tener en cuenta desde el punto de vista de la asimetría relacional del sistema sexo/género.

circunstancias de cada litigio. En relación con lo anterior, el TS precisa que el Tribunal de instancia

(...) No ignoró ni transgredió esa normativa y doctrina jurisprudencial (...) al contrario, afirmó en su sentencia que las mujeres víctimas de la citada violencia (...) pueden encontrar amparo en la normativa de asilo.

No obstante, matiza lo siguiente

Lo que ocurre es que valorando de forma casuística (...) las circunstancias concurrentes en este caso, llegó a la conclusión de que la aquí recurrente no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido (...).

El Tribunal Supremo se hace eco de los pronunciamientos del tribunal de instancia coligiendo que

(...) La recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser éste condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección (...).

Sobre la base de estos argumentos el Alto Tribunal señala que no procede la concesión de asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en cuya virtud el tribunal considera que la interesada obtuvo «(...) en su propio país una protección razonable».

Avanzando en el tiempo, cabe citar la sentencia STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de noviembre. Dicha sentencia responde al recurso de casación interpuesto por la recurrente (y víctima de trata con fines de explotación sexual) tras la denegación del derecho de asilo en la sentencia de instancia. Solicita la recurrente: (1) anulación de

la Resolución de 3 de enero de 2013 del Ministerio del Interior por la que se acordó la denegación del derecho de asilo y protección subsidiaria, (2) reconocimiento del derecho de asilo y, por ende, la condición de refugiada por *mor* de lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, así como de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y de su Protocolo (1967), (3) complementariamente, reconocimiento del derecho de protección subsidiaria previsto normativamente en los artículos 4 y siguientes de la Ley 12/2009, (4) adicionalmente, reconocimiento general de protección en los términos del artículo 46 y siguientes de la Ley 12/2009 y la autorización de permanecer en España en los términos previstos normativamente. El presente análisis se focaliza en los motivos de la denegación del derecho de asilo en un claro caso de trata con fines de explotación sexual, cabe prestar atención al contenido del F.J. 4 en donde el TS alude a la improcedencia del mismo en base a las apreciaciones del tribunal de instancia. Señala textualmente

150

La recurrente considera que es merecedora del asilo solicitado por cuanto dada la situación que sufre su país se la debe incluir como grupo social objeto de persecución a las personas que huyen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género cuando, como en este caso, se ha producido la captación mediante engaño para la explotación sexual.

El Alto Tribunal precisa –y esto es importante desde el punto de vista de un análisis sensible al género– lo que sigue

Lo cierto es que, con independencia de la credibilidad de su relato, tiene razón la sentencia de instancia al afirmar que la recurrente no ha sido objeto de persecución por parte de las autoridades públicas de su país, sino por sujetos que actuando al margen de la ley que se dedican a la trata de personas, y es de dichos sujetos de quienes teme acciones de represalia en caso de que regrese. Este supuesto que no encaja dentro de los motivos previstos por la Ley de Asilo y la Convención de Ginebra para otorgar la condición de refugiado, pues aunque el colectivo de personas que han sufrido persecución por razón de género sí queda comprendido en el artículo 3 de la Ley 12/2009, dicha persecución no se debe a las autoridades públicas, sino a delincuentes comunes.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de solicitud de asilo en base a un análisis que denota sesgos de género en relación con las situaciones de explotación sexual y, en concreto, en lo que atañe a los agentes de persecución y su vinculación con el lugar de origen de la persona solicitante de asilo.

Con respecto al reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria, la recurrente alega infracción del artículo 4 de la Ley 12/2009 por cuanto considera que se dan las condiciones previstas en el artículo 10 del citado texto normativo. Aduce que existen fundados motivos para creer que si regresase a la República Democrática del Congo se enfrentaría al riesgo de sufrir algún daño grave contra la vida o integridad motivada por la violencia indiscriminada que se da en esa zona de África. Pues bien, el Alto Tribunal, para valorar esta circunstancia, cita jurisprudencia europea y, en concreto, la STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010<sup>39</sup>, en los asuntos acumulados C-175/08, C-176-08 y C-179/08, en donde el Tribunal Europeo diferencia y delimita dos regímenes distintos de protección en el ámbito genérico de la protección internacional, a saber: (1) el estatuto de refugiado, y (2) el estatuto que confiere la protección subsidiaria. Señala el Tribunal Europeo que la diferente caracterización lleva de suyo un diferente análisis y valoración de las circunstancias concurrentes en uno y otro modelo de protección. En este sentido, con respecto a la valoración de la concesión de asilo cobra relevancia el relato personal de la persecución expuesto por la víctima. Por contra, con respecto a la valoración de la protección por razones humanitarias no se requiere la constatación de una persecución individual sino que «cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él». En virtud de lo expuesto –y a nivel probatorio– el TS precisa que en caso de protección subsidiaria

(...) Habrá que ponderar no tanto la credibilidad [del relato de la víctima] sino la situación de su país de origen y el riesgo de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el artículo 10 de la Ley 12/2009, entre los que se encuentra las amenazas graves contra la vida o la integridad de

---

<sup>39</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, en los asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08. Disponible en: <<https://bit.ly/2F1PS6d>>..

los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

En este sentido el Alto Tribunal tiene en cuenta el informe que obra en el expediente de la Comisión de Ayuda al Refugiado «Situación socio-política del Congo» en donde «se describe la discriminación de las mujeres congoleñas como un fenómeno habitual, especialmente agravado desde el conflicto armado». El TS destaca el clima de intimidación y «completa subordinación de las mujeres y la violencia practicada de forma general en todos los conflictos» y cómo las mujeres «son consideradas ciudadanas de segunda clase» ejerciéndose sobre ellas «violencia y discriminación que no se combate con medidas estatales adecuadas». Con base en lo expuesto, el TS estima en parte el recurso contencioso-administrativo reconociendo el derecho de la recurrente (y víctima de trata) a que se le conceda la protección subsidiaria prevista en el artículo 4 de la Ley 12/2009 y a las medidas contempladas en el artículo 36 de dicho cuerpo legal. No obstante, el TS no considera que la trata con fines de explotación sexual –en este caso concreto– sea merecedora del reconocimiento del derecho de asilo.

152

Abundando en el análisis jurisprudencial sobre el derecho de asilo en supuestos de trata con fines de explotación sexual, cabe recurrir a otras sentencias denegatorias del Alto Tribunal en aras de profundizar en los argumentos jurídicos a fin de sacar notas conclusivas sobre la materia. El elenco seleccionado a continuación permite identificar aspectos comunes concurrentes:

Sentencia STS 5999/2013, de 13 de diciembre (Sala Contencioso-administrativo)<sup>40</sup>. La sentencia objeto del recurso de casación ante el TS es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 14 de enero de 2013. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima de trata) contra la Resolución del Ministerio del Interior de 2 de noviembre de 2010, de denegación del asilo y/o protección subsidiaria solicitado, respectivamente.

---

<sup>40</sup> Véase la STS 5999/2013, de 13 de diciembre. Disponible en: <<https://bit.ly/2Vmm-VHO>>

En este caso, en líneas generales, el TS avala la decisión del tribunal de instancia en relación a la denegación de asilo y protección subsidiaria en base a que de los hechos narrados<sup>41</sup> se deriva que no se está ante una «persecución» actual y a que la recurrente lleva viviendo desvinculada de las redes de prostitución varios años.

Relacionado con el punto anterior, la sentencia plantea hasta qué punto y bajo qué circunstancia las víctimas de trata de seres humanos podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, conforme a la Ley 12/2009 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [as] y su Protocolo.

La sentencia del TS transcribe y hace suyos los motivos de denegación del tribunal de instancia en relación a la petición de asilo, protección subsidiaria y autorización de residencia en España por razones humanitarias. Con respecto al derecho de asilo, el tribunal colige que

(...) Caso de haberse producido los hechos que la actora relata, aquella persecución habría ya desaparecido, de modo que no resultaría precisa una actual protección». «(...) Con independencia de ello, lo cierto es que para el Tribunal concurren circunstancias singulares que hacen dudar de la veracidad del relato de la actora. (...) no comprende este Tribunal cómo la policía moldava pudo, haciendo caso omiso de su evidente minoría de edad, restituirla a sus explotadores puesto que, en tal caso, había de conocerlos y saber el lugar al que debía ser devuelta; lo que comporta, suplementariamente, una manifiesta connivencia entre la policía y aquel grupo que no ha sido objeto de explicación.

---

<sup>41</sup> El F.J. 2 recoge los siguientes hechos narrados: «(...) En síntesis, manifestaba que fue secuestrada en Moldavia por unos individuos desconocidos, cuanto tenía 12 o 13 años, y conducida a la capital moldava donde la obligaron a prostituirse. Sus intentos de escapar fueron abortados e incluso la policía moldava a la que pidió ayuda, diciéndoles que era menor de edad y víctima de trata de seres humanos, la devolvió a sus captores. Posteriormente fue trasladada a Ucrania, con pasaporte falso, y a Italia (Milán y Bérgamo) donde seguía estando obligada a ejercer la prostitución, hecho que denunció a la policía italiana, aunque esta no la creyó. Finalmente, llegó a España en el año 2004, de nuevo con pasaporte falso, y, aprovechando la ausencia de los albaneses que la retenían, escapó de la casa donde estaba recluida y empezó una nueva vida con un español con quien tuvo un hijo en agosto del año 2007 (...). Finalmente afirma que en las navidades del año 2009 coincidió en un bar con unos albaneses que la identificaron, por lo que tiene miedo de ser nuevamente víctima de trata si vuelve a Moldavia, lo que le indujo a presentar la solicitud de asilo».

El TS desestima el recurso contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo en relación con la petición de asilo, petición de protección subsidiaria y autorización de residencia en España por razones humanitarias.

Sentencia STS 822/2014, de 10 de marzo (Sala de lo Contencioso-administrativo)<sup>42</sup>. La sentencia objeto del recurso de casación es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de junio de 2013.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima de trata) contra sendas resoluciones del Ministerio del Interior de fechas 12 y 15 de junio de 2011, respectivamente. En dichas resoluciones se deniega la petición de protección internacional.

Con respecto a los motivos de denegación por parte de la autoridad administrativa se extractan a continuación

154

Concurre la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 21.2 de la Ley 12/2009, habida cuenta que el relato de la solicitante resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, incurriendo el conjunto de sus alegaciones en incoherencias con el desarrollo de las circunstancias posteriores así como sus distintos desplazamientos (...). La solicitante introduce en su petición alegaciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución, lo que no constituye un motivo de persecución reconocido por la Ley 12/2009, ni se debe a sus autoridades nacionales sino a agentes ajenos a estas, no pudiendo, por tanto, ser considerada como una persecución en el sentido que la Convención de Ginebra de 1951 otorga a este término.

En relación al pronunciamiento del tribunal de instancia cabe destacar los siguientes párrafos

---

<sup>42</sup> Véase la STS 822/2014, de 10 de marzo. Disponible en: <<https://bit.ly/2EWy0tj>>.

(...) a la vista de la propia narración de los hechos efectuada en este recurso, a lo que se añade la inexistencia de denuncia alguna o de iniciativa de la recurrente encaminada a poner en conocimiento de las autoridades de su país la existencia de la violencia sexual que afirma haber padecido y que, bajo tales circunstancias, debe entenderse comprendida dentro del ámbito de las acciones de naturaleza delictiva ordinaria o común, que tiene su cauce de respuesta en el derecho penal.

En definitiva, no hay indicios, en absoluto, de que la solicitud de asilo se ampare en causa legal o convencional, para lo que no bastaría la acreditación de los malos tratos o vejaciones de orden sexual que se dicen padecidas, sino que requeriría además una prueba, aun cuando solo lo fuera indiciaria<sup>43</sup>, acerca de la falta de tutela dispensada a la recurrente por parte del Estado correspondiente a su nacionalidad.

Teniendo en cuenta las pruebas aportadas y a su valoración por parte del tribunal de instancia, el TS estima que no existen indicios suficientes para considerar a la solicitante de asilo como víctima de trata con fines de explotación sexual. El F.J. 6 resulta significativo en este sentido

(...) No es necesario en este caso hacer un análisis más profundo de la cuestión general antes apuntada una vez que, tal como ha quedado expuesto, la Sala de instancia no considera que existieran indicios de los

---

<sup>43</sup> Con respecto a la prueba indiciaria en casos de solicitud de asilo, téngase en cuenta una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que precisa lo siguiente: «Esta Sala (...) ya ha expresado en anteriores ocasiones la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real y efectiva, y no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas (...) lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud. Ello significa que a diferencia de lo que sucede, en cuanto a exigencia probatoria, en otra clase de procesos y asuntos, en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria cuando en ella se respetan esas exigencias y cuando de su evaluación crítica por parte de los Tribunales cabe extraer como conclusión no ya la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen y que dicha persecución racionalmente temida obedezca a motivos, como hemos visto, de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado ...', y provenga, tal como se exige en los artículos 13 y 14 de la Ley de Asilo, por acción o por omisión probada, de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que como esta Sala ha declarado reiteradamente, el derecho de asilo sea un instrumento jurídico idóneo para conjurar la amenaza para la vida, integridad física o libertad del peticionario cuando procede de grupos terroristas ajenos al Estado, de delinquentes comunes o del crimen organizado, a menos que, como repetidamente se ha dicho, no haya podido obtenerse la tutela o protección de este, porque no haya podido o no haya querido dispensarla».

que pudiera deducirse que la recurrente hubiera estado sometida a trata de seres humanos o violencia sexual, ni a cualquiera otra de las penalidades que había narrado, una vez que ante la falsedad de los documentos por ella presentados y de su propia declaración inicial, dio una versión de los hechos carente de verosimilitud.

En relación a las dudas sobre la credibilidad de la víctima, el F.J. 7 sigue abundando en la materia al no estimar el tercer motivo de casación por no haberse infringido los artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009. Precisa el Alto Tribunal

(...) El juego de ambos artículos hace que pueda admitirse como circunstancia determinante de la protección subsidiaria la situación singular de aquellos solicitantes que, si fueran devueltos a su país se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la misma Ley. Entre estos últimos daños graves figuran la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante. Pero tales temores deben partir, como es lógico, de unos hechos dotados de una mínima verosimilitud que en este caso, repetimos, no han sido reconocidos como tales ni siquiera a título de indicios.

156

De este modo, la sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la recurrente (y víctima de trata). Como se aprecia, dicha denegación se basa en la falta de credibilidad otorgada al relato de la víctima.

Sentencia STS 3651/2015, de 21 de julio (Sala Contencioso-administrativo)<sup>44</sup>. La sentencia objeto de recurso de casación es la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 16 de octubre de 2014 en materia de asilo y protección subsidiaria. La sentencia de instancia desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Ministerio del Interior de 6 de agosto de 2012 por la que se deniega el derecho de asilo si bien es cierto que se reconoce y otorga el derecho de protección subsidiaria contemplada en el artículo 4 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo.

---

<sup>44</sup> Véase la STS 3651/2015, de 21 de julio. Disponible en: <<https://bit.ly/2BTfZZF>>.

Es importante destacar –por su relevancia al objeto del presente estudio– el F.J. 5 en tanto que

(...) considera la Sala que la persecución descrita por la recurrente no es incardinable en ninguno de los motivos previstos por la Convención de Ginebra de 1951 (...) pues como la propia demanda reconoce, la recurrente no se encuentra perseguida por las autoridades de su país ni tiene problema alguno con ellas, sino que teme por la persecución a la que ella o su familia se verían sometidas en el caso de retornar a Nigeria, por parte de las personas que integran dicha red, sin que el Estado nigeriano pueda protegerla frente a dicho riesgo (...). El motivo no puede prosperar. La recurrente no ha sido objeto de persecución por parte de las autoridades públicas de su país, sino por sujetos que actuando al margen de la ley se dedican a la trata de personas, y es de dichos sujetos de quienes teme acciones de represalia en caso de que regrese. Así las cosas, tiene razón la Sala de instancia en que no encaja dentro de los motivos previstos por la Ley de Asilo (...) para otorgar la condición de refugiados, pues aunque el colectivo de personas que han sufrido persecución por razón de género sí queda comprendido en el artículo 3 de la Ley española que contempla la condición de refugiado, dicha persecución no se debe a las autoridades públicas, sino a delincuentes comunes que son objeto de represión por parte del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior en relación a la denegación de la solicitud de asilo, con respecto a la solicitud de la protección subsidiaria el TS colige: «(...) la protección subsidiaria que se prevé en el artículo 4 tiene como uno de sus objetivos amparar precisamente a quienes sin tener derecho a obtener el estatuto de refugiado, sí muestran temor fundado a sufrir daños de los previstos en el artículo 10 de la Ley, como es el caso respecto a quienes en Nigeria se dedican a la trata de personas, debido a la insuficiencia de la protección otorgada por el Estado nigeriano (...)».

Sobre la base de los argumentos citados, el tribunal de instancia concede y reconoce el derecho a la protección subsidiaria a la recurrente. Reconocimiento que mantiene el TS en su sentencia pese a resultar desestimatoria en cuanto al derecho de asilo.

### **3.4. Cuestiones conflictivas**

Lo analizado –hasta este momento– evidencia la disparidad existente entre norma y realidad o, más exactamente, entre el contenido de la norma y su aplicación e interpretación al caso concreto en materia de solicitud de derecho de asilo y/o protección subsidiaria en casos de trata con fines de explotación sexual. El análisis de las sentencias seleccionadas constituye prueba de lo expuesto. En líneas generales cabría significar los siguientes aspectos:

1) Con respecto al reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria en casos de persecución por motivos de género, el Tribunal Supremo lo ha venido reconociendo en casos de mutilación genital femenina así como en casos de violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o ex pareja. Por tanto, aunque con matices se observa un importante avance en la aplicación e interpretación de la normativa de asilo.

158

2) Con respecto a la trata con fines de explotación sexual como motivo específico de persecución por razones de género, el Tribunal Supremo encuentra dificultades para otorgar el derecho de asilo. Las dificultades apuntadas cabe relacionarlas básicamente con la valoración de la prueba y la subsunción de la casuística específica de trata con fines de explotación sexual –en tanto que forma de violencia de género– en los presupuestos recogidos en la normativa de asilo. Los aspectos críticos sobre los que focalizar la atención serían los siguientes:

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual, el Alto Tribunal no reconoce el derecho de asilo a las recurrentes en base a que el agente de persecución en la mayoría de estos casos no es directamente el Estado sino agentes particulares, esto es, mafias de trata de personas.

Con respecto al ámbito objetivo de aplicación de la normativa de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual cabría advertir –en líneas generales– cómo el Alto Tribunal realiza una valoración de los supuestos de trata con importantes sesgos de género en la medida en que parece reservar

el reconocimiento del derecho de asilo a «supuestos especialmente graves» como indica la norma de asilo excluyendo (o no conceptuando) la trata con fines de explotación sexual bajo dicha apelación.

En relación con el punto anterior, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta las dificultades para denunciar que tienen las víctimas de trata con fines de explotación sexual en la vía penal. De ahí que resulte erróneo relacionar la «no denuncia» en la vía penal con estar ante una situación que no reviste la gravedad requerida en la normativa de asilo. Sobre la no denuncia o el retraso en la misma y su valoración en vía judicial, véase la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo. El F.J. 2 alude y valora el silencio de las víctimas de violencia de género. Precisa que

(...) Las víctimas lo silencian por miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten (...). Pero ese 'silencio' de las víctimas no puede correr contra ellas cuando finalmente lo cuentan a raíz de un hecho más grave, como en este caso, y el autor les cuestiona el silencio como sinónimo de faltar a la verdad cuando relatan unos hechos de maltrato (...). No puede admitirse, por ello, que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas les suponga una 'traba de credibilidad' cuando éstas deciden denunciarlo más tarde, ya que el retraso en denunciar hechos de violencia de género (...) no es sinónimo de falsedad en una declaración, sino que es perfectamente admisible entender veraz esa declaración por las especiales características de los hechos del maltrato (...).

A nivel probatorio, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta las dificultades probatorias que las víctimas de trata con fines de explotación tienen a la hora de acreditar, por ejemplo, el temor a ser perseguidas y/o de sufrir daño grave. La concurrencia de la doble condición de víctima y testigo en las víctimas de trata con fines de explotación sexual, las particularidades de la trata con fines de explotación sexual –en cuanto forma de violencia de género y forma de discriminación del sistema sexo/género– resultan determinantes y deben ser tenidas en cuenta en la valoración de cada caso concreto. Máxime porque se suele contar única y exclusivamente con la valoración del testimonio (relato) de la víctima como única prueba sometida a valoración administrativa y, posteriormente, judicial susceptible de poder acreditar la persecución por motivos de género sufrida como puerta de

entrada al reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria.

Sobre la doble condición de víctima/testigo de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en vía jurisdiccional y su relevancia en aras de otorgar credibilidad a las vivencias y experiencias relatadas, téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo 282/2018, de 13 de julio, en donde el Alto Tribunal aplica perspectiva de género y aboga por considerar la declaración de la víctima/testigo desde el punto de vista procesal como especial y privilegiada. El F.J. 2 –en relación a la declaración de la víctima de violencia de género– precisa lo siguiente

Es preciso poner de manifiesto que, en este caso, las víctimas de los hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos (...) que no son víctimas directas del hecho. En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso (...) que no es tan solo quien «ha visto» un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido. (...) Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos (...).

Con respecto al reconocimiento de la protección subsidiaria en los casos de trata con fines de explotación sexual, las sentencias analizadas permiten advertir cómo la trata con fines de explotación sexual no se

califica adecuadamente desde una visión sensible al género. De ahí que no se identifique como una grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres, una forma de violencia de género en tanto que manifestación de la desigualdad estructural del sistema sexo/género y una forma de discriminación inaceptable en el momento actual. El no reconocimiento del derecho de asilo en los casos analizados por parte del TS y el reconocimiento parcial de los recursos de casación planteados otorgando (y/o reconociendo) el derecho de protección subsidiaria pone de manifiesto el sesgo de género todavía existente en la valoración de la casuística de trata en el marco del sistema de protección internacional<sup>45</sup>. Las mismas consideraciones críticas cabría realizar en relación con la protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual no en el marco del derecho de asilo sino en el marco de la legislación de extranjería.

#### **IV. Consideraciones finales**

Lo expuesto en los diferentes apartados que conforman el presente estudio –sin ánimo de agotar todas las posibilidades de análisis– evidencia los retos que la normativa de asilo y de protección internacional tiene por delante desde una visión sensible al género. El reconocimiento en la normativa –en líneas generales– de la persecución por motivos de género en casos de asilo y protección subsidiaria constituye todo un avance. Un avance que requiere, no obstante, de su traslación a la práctica a través de su reconocimiento por parte de las autoridades administrativas competentes y/o, en su caso, en vía judicial. Máxime en casos de trata con fines de explotación sexual que cabe incardinar sin ambages en la casuística de persecución por motivos de género. La implementación de la perspectiva de género en el análisis de casos y, específicamente, en la aplicación e interpretación normativa se torna ineludible en base a los siguientes *ítems*:

En primer lugar, a nivel normativo la trata de personas con fines de explotación sexual tiene un abordaje específico desde el punto de vista jurídico/penal. No obstante, eso no impide que se tenga que avanzar en materia de protección internacional y, específicamente, en la normativa

---

<sup>45</sup> Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS, *Dificultades en la aplicación de la protección internacional de las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI*, Madrid, Editorial Sepin, 2017, pp. 121-140.

de asilo. De ahí la importancia de apostar por una revisión normativa a nivel internacional y, específicamente, de la actual Ley 12/2009, de 30 de octubre, desde la perspectiva de género.

En segundo lugar, desde el punto de vista jurídico internacional, cabría reflexionar sobre las dificultades comentadas en aras de insertar, vía interpretativa, las situaciones de trata con fines de explotación sexual dentro del amplio elenco de persecución por motivos de género. Desde este prisma, la jurisprudencia más avanzada e integradora en materia de protección de derechos humanos no ha dudado en encuadrar la persecución por motivos de género –en general– dentro de lo que a nivel internacional se entiende como persecución por razones sociales.

En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico interno, la dimensión internacional del texto constitucional en materia de igualdad y derechos fundamentales, así como la evolución normativa en materia de asilo y protección subsidiaria en conexión con los avances en materia penal y derecho antidiscriminatorio, permiten dar cobertura legal (vía judicial) al reconocimiento de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual.

162

En cuarto lugar, sin perjuicio de lo expuesto, un análisis y estudio de casos concretos –en materia de trata con fines de explotación sexual– desde la ajenidad a la configuración socio/sexual de las relaciones sociales propicia que se realice una aproximación con claros sesgos de género en los casos de trata restando eficacia normativa a normas nacidas con una finalidad y unos objetivos muy claros: la protección y tutela de los derechos de las personas sometidas a persecución en sus lugares de origen.

En quinto lugar, expuesto lo anterior –(1) necesidad de cambios legales y (2) implementación de la perspectiva de género en aplicación e interpretación de la normativa de asilo y protección subsidiaria–, es necesario apostar también por una formación específica sensible al género a las y los operadores jurídicos (y no solo) que a nivel administrativo y/o jurisdiccional intervienen en este tipo de casos. La valoración de los relatos de las víctimas de trata (credibilidad y dificultad probatoria) y de los demás elementos periféricos concurrentes a tener en cuenta así

como la propia responsabilidad estatal (diligencia debida) de los países de origen, incluyendo los agentes de persecución (que no solo operan en el ámbito público sino también privado) se torna imprescindible para entender el fenómeno de la trata con fines de explotación sexual. Además, la vulnerabilidad socio/sexual de las víctimas y la afectación específica a derechos humanos de primer orden evidencian y prueban la gravedad de estas situaciones y la necesidad de un cambio de paradigma en su abordaje.

En sexto lugar, como consideración final, cabría apuntar si la no valoración desde la perspectiva de género de las solicitudes de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual podría dar lugar a una discriminación directa (y, por tanto, proscrita) por razón de sexo en los términos de la CEDAW y de la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. En la misma línea, cabría precisar si no se estaría también ante supuestos de discriminación interseccional (y/o múltiple) en los términos desarrollados por parte de la doctrina anglosajona.