

## **Derechos Humanos y mujer inmigrante: una perspectiva española**

Elisa Pérez Vera\*

### **1. Introducción**

En las páginas que siguen me propongo reflexionar, desde la perspectiva de los derechos humanos y, en concreto, de los derechos de la mujer, sobre la problemática de la inmigración. Creo que el momento resulta especialmente oportuno, dado que estamos en una coyuntura en que parece imponerse la exaltación del nacionalismo, en todas sus manifestaciones, con la carga de exclusiones que, necesariamente, implica. Pues bien, tales exclusiones frente a los «no nacionales» tienden a radicalizarse cuando se trata de procesos migratorios, a través de los cuales los extranjeros buscan insertarse en una sociedad que inicialmente les era ajena. Es precisamente la nota de permanencia propia de estos procesos y la consiguiente posibilidad de que con ellos se altere la composición y equilibrios de la sociedad de acogida —en contraste con el carácter tangencial o epidérmico de la presencia de otros extranjeros, como los turistas— lo que determina que esta sociedad se sienta, a veces, amenazada por la presencia de los inmigrantes y que, en consecuencia, los trate casi siempre, con la desconfianza que generan los «otros», los que son «distintos». En contraste con estas reacciones, que podríamos calificar de «primarias», plantearse su integración en la sociedad de acogida supone aceptar la unidad esencial del género humano y, por tanto, el carácter accesorio de unas diferencias que, precisamente por no ser esenciales, pueden ser superadas.

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y magistrada del Tribunal Constitucional español.

Aunque como acabo de señalar los rasgos se acentúan cuando de inmigración se trata, lo cierto es que, en el mundo del Derecho, la desconfianza —y, eventualmente, el temor— frente a los «no nacionales» tiene un alcance más amplio y se plasma en el denominado Derecho de extranjería que intenta regular el acceso y estancia de los extranjeros en general en un país, al mismo tiempo que precisa y matiza sus derechos. Así, en la medida en que los derechos de los extranjeros nos aparecen «filtrados», «refractados» —al modo en que percibimos quebrada la barra recta que introducimos en un líquido—, al ser considerados desde la perspectiva de una sociedad distinta a la que constituía el medio natural de las personas de las que se predicán, puede entenderse que la onda expansiva que conduce a la progresiva universalización de los derechos humanos, atravesando los sucesivos círculos concéntricos de exclusión, ha encontrado una última frontera, en y de los derechos, que afecta fundamentalmente a los extranjeros.

La anterior afirmación es cierta en la medida en que pone de relieve los riesgos que para la universalidad de los derechos humanos se derivan de la aceptación de que su alcance puede verse afectado por la condición de extranjeros de los sujetos de los que se predicán; una posibilidad que necesariamente ha de acogerse con un criterio restrictivo, incluso con desconfianza, ya que no cabe olvidar que la noción de derechos humanos solo resulta concebible a partir del postulado de que toda persona, al margen de cómo se inserta en una determinada sociedad, es titular de una serie de derechos que reflejan la especial dignidad del ser humano. Quede aquí meramente apuntada esta afirmación que retomaremos en un momento posterior.

Ahora bien, la aceptación de que los derechos de los extranjeros constituyen una «última frontera», que habrá que atravesar para alcanzar una auténtica universalización de los derechos humanos, no implica que se hayan superado con éxito todas las otras fronteras. En efecto, en mi opinión, si así se entendiera, tal afirmación resultaría lamentablemente falsa. Es más, creo que teóricos y prácticos coinciden en apreciar que el gran desafío, no superado, para la universalidad de los derechos humanos radica en la fragilidad, en la práctica, del principio de la no discriminación por razón del sexo, cuyo respeto condiciona el reconocimiento de los derechos de la mujer. Una fragilidad que básicamente hunde sus raíces en el concepto que de la mujer tienen filosofías y religiones ampliamente difundidas y que, traducidas en normas jurídicas, creencias culturales y comportamientos sociales, mantienen a la mujer, por su condición de tal, prácticamente en todo el mundo, en una situación de inferioridad incompatible con la noción esencial de la unidad del género humano.

En consecuencia no resulta arriesgado avanzar como hipótesis la idea de que las mujeres inmigrantes sufren una doble discriminación, en la que la discriminación

originaria es consustancial a su condición femenina —es discriminada por ser mujer—;<sup>1</sup> una discriminación a la que se suele añadir la discriminación de la que, como extranjera, va a ser objeto en el país de acogida. A la discriminación como mujer nos referiremos en primer lugar, antes de pasar, en segundo término, a considerar si en la regulación de la inmigración —que es parte importante del Derecho de extranjería— confluyen también prejuicios sexistas que incidan negativamente en la condición de las mujeres inmigrantes.

## **2. Universalidad de los Derechos Humanos y la no discriminación por razón del sexo**

En los albores del proceso de internacionalización de la protección de los derechos humanos, gestados tan laboriosamente en el ámbito interno, la Carta de San Francisco (1945) proclama la resolución de los pueblos de las Naciones Unidas «[...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas».

Así pues, resulta evidente que, desde sus primeras manifestaciones en la materia, el Derecho Internacional ha vinculado la noción misma de derechos humanos con el principio de no discriminación, tanto en general como por razón del sexo. Ahora bien, la concepción de los derechos humanos que se recoge en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se gestó básicamente en Europa; un dato que explica que, al proclamarse los derechos humanos en el seno de una sociedad internacional que, por primera vez en la historia, es auténticamente universal, se haya planteado el debate, aún no cerrado, sobre su universalidad, es decir, sobre su aplicación a «todos», al que aludía más arriba.

Por ello en pocos temas como en este la tensión entre el ser y el deber ser, inherente a lo jurídico, resulta tan palpable. En efecto, mientras que en el plano de los principios, la unidad del género humano y su igual dignidad aparecen, como acabamos de recordar, como la razón última de la noción de derechos humanos, el debate sobre su universalidad gira en buena medida sobre los cuestionados derechos de la mujer.

---

<sup>1</sup> A esta idea se refiere ΒΕΔΟΥΑ, María Helena. «Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes». *Papers: Revista de Sociología*, N<sup>o</sup> 60; e «Inmigración femenina en el sur de Europa», monografía, 2000, pp. 241-256.

## 2.1. En el ámbito del Derecho Internacional general

En el contexto de la sociedad internacional universal, si nos atuviéramos al «estado de la cuestión» tal y como se refleja en los textos internacionales, ciertamente podríamos mantener que la universalidad de los derechos humanos resulta cada vez menos controvertida. Ahora bien, esta apreciación tranquilizadora solo puede satisfacer a los espíritus más formalistas. En efecto, la lucha mantenida desde su creación y a lo largo de décadas por la ONU para lograr que el derecho a la no discriminación se respete es posiblemente la mejor prueba de la persistencia de sus vulneraciones. Frente a las mismas, no puede evitarse leer con cierto escepticismo tanto la Proclamación de Teherán de 1968<sup>2</sup> como la Declaración de Viena (1993)<sup>3</sup> cuando reiteran que «[...] el carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas», sobre todo cuando en esta última se subraya la importancia en el tema de los derechos humanos de los particularismos nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos. En efecto, el reconocimiento de esta realidad evidente no resultaría tan negativamente significativo si la Conferencia de Viena no hubiera ido precedida de reuniones regionales en que la universalidad de los derechos humanos, en relación con los derechos de la mujer, fue frontalmente negada.

El problema suscitado desborda con mucho los limitados objetivos de este trabajo; no obstante sí quiero dejar constancia de mi posición al respecto. Muy resumidamente entiendo que, aun admitiendo que en materia de derechos humanos —como en el resto del ordenamiento jurídico internacional— las peculiaridades regionales pueden matizar normas del Derecho Internacional general, hay que afirmar que tal posibilidad tiene el límite de las normas de *ius cogens*, es decir de las normas rigurosamente imperativas que obligan a todos los Estados y que no pueden ser objeto de pacto en contrario. Pues bien, en el tema que nos ocupa, el relativismo cultural solo resulta aceptable a partir del respeto de la dignidad intrínseca de la persona, sobre el que se apoya el Derecho positivo en la materia. Frente a quienes la ignoran no caben actitudes complacientes que puedan interpretarse como aceptación de posiciones que cuestionan que la humanidad, en cuanto a su esencia, es una. Y es que el principio de no discriminación se configura como un principio estructural del Derecho Internacional positivo de los derechos humanos, en el que se enraízan los denominados derechos de la mujer que, antes de diferenciarse en razón de su sexo y de las conno-

<sup>2</sup> Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b\\_tehern\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm)>.

<sup>3</sup> Declaración de 25 de junio de 1993 de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reunida en Viena del 14 a 25 de junio de 1993. Doc. A/CONF.157/23, de 12 julio 1993. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>.

taciones de todo tipo que de él se derivan en las distintas culturas, tienen en común con el otro género que integra la humanidad el que son, somos, seres humanos.

Retomando el hilo central de nuestro discurso, como ya avanzaba, en aparente contradicción con el carácter axial del principio de no discriminación, la ONU desde fecha relativamente temprana elaboró una serie de convenios que, bien contienen obligaciones concretas en el sector específico de la no discriminación en razón de sexo, bien consagran derechos que solo cobran todo su sentido desde una perspectiva de género. Sin embargo, la contradicción es solo aparente, ya que puede entenderse, por el contrario, que es precisamente por la naturaleza esencial del principio que se proclama, por lo que se arbitran con tanta insistencia los medios para intentar lograr su plasmación en la práctica.

A modo de recordatorio, señalemos que entre los convenios que responden a problemas que afectan específicamente al género femenino, se sitúa la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, de 20 de febrero de 1957,<sup>4</sup> o la convención de 10 de diciembre de 1962, sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios.<sup>5</sup>

El primero de ellos aparece inspirado en la idea de que la mujer tiene una entidad individual, por lo que no debe ser tratada jurídicamente como un «apéndice» del varón, mientras que el segundo, el convenio sobre el matrimonio, aunque no contiene referencias específicas a la mujer resulta evidente que en su elaboración se tuvieron en cuenta, básicamente, los problemas planteados por los matrimonios de niñas, fuertemente arraigados en determinadas tradiciones culturales. Visto desde Europa, el convenio podría considerarse un texto de «mínimos», puesto que se limita a consagrar que «[...] no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona», que los Estados fijarán «[...] la edad mínima para contraer matrimonio» —sin avanzar cuál pueda ser— y la obligación de que cualquier matrimonio sea inscrito en un registro. Pese a todo, los dictámenes de distintos comités de la ONU que hacen el seguimiento de los compromisos asumidos por los Estados en virtud de convenios internacionales dan cuenta de que actualmente ni siquiera estos mínimos son respetados universalmente. En tales circunstancias no cabe minusvalorar el alcance de unos textos que, aunque

---

<sup>4</sup> Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957. Entrada en vigor: 11 de agosto de 1958, de conformidad con el artículo 6. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/78\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/78_sp.htm)>.

<sup>5</sup> Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor: 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/63\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/63_sp.htm)>.

sea en tono menor, alertan frente a regulaciones jurídicas, y realidades, especialmente vulneradoras de los derechos de la mujer.

Ante la persistencia de una realidad tan negativa a veces para la condición femenina, resulta lógico que la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989,<sup>6</sup> incida de nuevo ampliamente sobre la misma. Y ello, por dos órdenes de razones. De una parte, porque en la fecha en que se redactó se había universalizado la toma de conciencia de que una defensa cabal de los derechos humanos exige una protección específica de los derechos de género; de otra, porque resultaría artificial intentar proteger a los niños sin prestar atención a las necesidades de las madres, piedra angular de ese núcleo primario de socialización que es la familia. Así, por ejemplo, el convenio obliga a los Estados a «[...] asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres» (artículo 24.2.d).

Por otra parte, en el plano de la lucha directa contra la discriminación por razón del sexo habría que ubicar, en primer lugar, si seguimos un criterio cronológico, el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 20 de diciembre de 1952.<sup>7</sup> Ahora bien, en este recorrido por los textos convencionales consagrados a los derechos de la mujer brilla con luz propia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979,<sup>8</sup> cuya adopción no solo no obstaculizó sino que animó a la adopción de sucesivas declaraciones internacionales sobre los derechos de la mujer que, sin duda, siguen siendo necesarias en un mundo en el que sigue siendo frecuente que se ignoren, ante la indiferencia de muchos. Así, la Conferencia de Viena de 1993 tuvo que recordar, de nuevo, que los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales y la Conferencia de Beijing, en 1995, afirmará con énfasis que los derechos de la mujer son derechos humanos.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)>.

<sup>7</sup> Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952. Entrada en vigor: 7 de julio de 1954, de conformidad con el artículo VI. Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/22\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/22_sp.htm)>.

<sup>8</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1). El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Entrada en vigor: 22 de diciembre de 2000, de conformidad con el artículo 16 (1). Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm)>.

<sup>9</sup> Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Volviendo a la convención de 1979, resulta significativo que ya en su preámbulo quede constancia que los Estados parte están «[...] preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades». Para cambiar tal situación, el tratado compromete a los Estados a adoptar todo tipo de medidas en todas las esferas «[...] con el objeto de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre» (artículo 3). La convención es tan ambiciosa (y tan optimista) que obliga incluso a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para:

[...] modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (artículo 5).

Pues bien, pese a los compromisos asumidos en una convención de la que son Estados parte una mayoría aplastante de Estados,<sup>10</sup> todavía la plataforma de acción adoptada en la Conferencia de Beijing de 1995 tenía que seguir denunciando, al hablar de los derechos humanos de la mujer, que «[l]a brecha entre la existencia de derechos y la posibilidad de disfrutarlos efectivamente se deriva del hecho de que los gobiernos no están verdaderamente empeñados en promover y proteger esos derechos y no informan por igual a las mujeres y a los hombres acerca de ellos» (párrafo 217 de la plataforma de acción). Y con referencia a las niñas indicaba en términos aún más expresivos que:

Los indicadores de que se disponen demuestran que en muchos países se discrimina contra la niña desde las primeras fases de la vida, durante toda su niñez y hasta la edad adulta. En algunas partes del mundo, el número de hombres excede el de mujeres en un 5%. Los motivos de esta disparidad son, entre otros, las actitudes y prácticas perjudiciales, como la mutilación genital de las mujeres, la preferencia por los hijos varones, que se traduce a su vez en el infanticidio de las niñas y en la selección del sexo antes del nacimiento, el matrimonio precoz, incluyendo el matrimonio de las niñas, la violencia contra la mujer, la explotación sexual, el abuso sexual, la discriminación contra la niña en las raciones alimentarias y otras prácticas que afectan a la salud y al bienestar. Como resultado de todo ello, menos niñas que niños llegan a la edad adulta (párrafo 259 de la plataforma de acción).

---

<sup>10</sup> En concreto, al 11 de agosto de 2006, son 184 los Estados parte de la convención, lo que significa más del 90% de los miembros de la ONU. Sobre el estado de firmas, ratificaciones y adhesiones véase: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm>>.

Ahora bien, frente a la gravedad —al dramatismo, diría yo— del diagnóstico, las medidas adoptadas parecían insuficientes —como los hechos han demostrado con posterioridad—, sobre todo si se considera que, en el apartado de disposiciones financieras, las recomendaciones se reducían a instar a gobiernos e instituciones a que asignen recursos «suficientes» para lograr los objetivos que se pretenden. Y es que el concepto de lo que sea o no suficiente depende, en definitiva, de la prioridad que los destinatarios de las recomendaciones den a los programas de desarrollo y lucha contra la discriminación de las mujeres y las niñas. Una prioridad que en muchas ocasiones va a estar condicionada por las mismas convicciones religiosas y culturales que asignan un papel subordinado a la mujer.

En tales circunstancias no puede extrañar que la sesión especial de la Asamblea General celebrada en junio de 2000 sobre «Mujeres 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI» (Beijing+5) concluyera con la declaración política<sup>11</sup> en la que se reafirmaba el compromiso con los objetivos de la Conferencia de Pekín, acordándose celebrar una nueva reunión en el 2005 que, a su vez, tuvo lugar sin que se pudieran anotar avances significativos en la condición de la mujer a nivel mundial. En suma, las barreras permanecen por lo que la ONU recuerda que hay que seguir esforzándose para alcanzar las metas fijadas en Pekín.<sup>12</sup>

## **2.2. La no discriminación por razón del sexo en el ámbito regional europeo**

En claro contraste con el panorama descrito, Europa se presenta como un oasis privilegiado. Europa, como he señalado anteriormente, es la cuna de la noción misma de unos derechos humanos basados en la dignidad de toda persona. Pero es que, además, Europa va a asumir un papel protagonista en el proceso de positivación de estos derechos en el plano internacional que se inicia tras la Segunda Guerra Mundial, situándose en la vanguardia a la que su propia tradición cultural la abocaba.

### **2.2.1. En el Consejo de Europa**

En tal cometido hay que reconocer un papel protagonista al Movimiento Europeo, cuyo Congreso de La Haya de mayo de 1948, marcó definitivamente el futuro de Europa. En él un millar de delegados, que representaban fuerzas políticas, intelectuales y sociales de diecinueve Estados, aprobaron por aclamación un mensaje a los europeos que se inicia recordando que «[...] Europa está amenazada. Europa está dividida y la amenaza más grave proviene de esas divisiones. Empobrecida, atestada de

---

<sup>11</sup> Doc. A/S-23/10/Rev.1. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/beijing+5.htm>>.

<sup>12</sup> Véase: <[http://www.un.org/spanish/events/beijing10/documents/BeijingclosingSp\\_1.pdf](http://www.un.org/spanish/events/beijing10/documents/BeijingclosingSp_1.pdf)>.

barreras que impiden circular a sus bienes, pero que ya no pueden protegerla, nuestra Europa desunida marcha a su fin».

Palabras que evocan la necesidad de integración y que sitúan, a justo título, al Congreso de La Haya entre los antecedentes mediatos del proceso que ha conducido a la Unión Europea; pero el mensaje continuaba señalando que «[...] la conquista suprema de Europa se llama la dignidad del hombre, y su verdadera fuerza está en la libertad. Esto es lo que finalmente arriesgamos en nuestra lucha. Queremos la unión de nuestro Continente para salvar nuestras libertades conquistadas, pero también para extender el beneficio a todos los hombres».

Por eso, de los cinco artículos que incluye el mensaje, en los que se resumen las resoluciones adoptadas por el Congreso, dos se refieren directamente al tema que nos ocupa, en los siguientes términos: «Queremos una Carta de los Derechos del Hombre que garantice las libertades de pensamiento, de reunión y de expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política»; «Queremos un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para que sea respetada la Carta».

Con este trasfondo se elabora el Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, que condicionará el ingreso en la organización a que el Estado reconozca el «[...] principio de la primacía del Derecho» y el que «[...] toda persona colocada bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales».

En tal contexto, resulta lógico que, el 4 de noviembre de 1950, se firmara en Roma la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.<sup>13</sup> Pues bien, el sistema de protección internacional de los derechos humanos instituido por el Consejo de Europa, en abierto contraste con la situación existente a nivel mundial, condujo desde fechas tempranas a decisiones obligatorias para los Estados. Por otra parte, la práctica muestra que, pese a las tensiones que esporádicamente se han suscitado, en ocasiones por las insuficiencias de los ordenamientos nacionales para hacerlas cumplir, tales decisiones son, en términos generales, acatadas por sus destinatarios.

Por tanto, puede mantenerse que, desde el principio, el sistema diseñado supuso un formidable paso adelante en un terreno en que los Estados habían rechazado tradicionalmente cualquier tipo de control externo. Casi medio siglo más tarde, el protocolo 11,<sup>14</sup> en vigor desde el 1º de noviembre de 1998, ha modificado tan profundamente

---

<sup>13</sup> España ingresó en el Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977 y se adhirió al Convenio de Roma el 29 de septiembre de 1979.

<sup>14</sup> Sobre este protocolo existe una abundante y excelente bibliografía. Véase SALADO OSUNA, Ana. «El Pro-

los mecanismos de control del convenio que a la hora de enjuiciar los cambios introducidos deba adoptarse una perspectiva teleológica en que lo decisivo es si se acerca o se aparta del ideal de un tribunal internacional con competencia obligatoria al que tengan acceso los particulares. Pues bien, desde tal ángulo considero que el «nuevo convenio europeo» se encuentra más cerca de los objetivos convencionales que el texto aprobado hace cincuenta años, por lo que el juicio que merece ha de ser positivo.

### 2.2.2. *En la Unión Europea*

Cerrando aún más el círculo internacional que constituye nuestra referencia inmediata, las Comunidades Europeas, de las que España pasó a formar parte en enero de 1986, y que posteriormente dieron paso a la Unión Europea (UE en lo sucesivo), también consagran, sobre todo a partir del Tratado de Ámsterdam, en términos genéricos el derecho a la no discriminación, contenido inicialmente como igualdad de retribuciones en el artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – TCEE —reproducción del artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, y que fue introducido en el Tratado de Roma a instancia de Francia para evitar el *dumping* social—. En la interpretación y desarrollo de este artículo, la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido decisiva. Así, ya en 1974 una sentencia del tribunal especialmente clarificadora señalaría:

[...] que el art. 119 persigue una doble finalidad: [...] por una parte, teniendo en cuenta el diferente grado de evolución de las legislaciones sociales en los diferentes Estados miembros evitar que, en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en los Estados que hayan realizado efectivamente el principio de igualdad de remuneración sufran una desventaja competencial en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado todavía la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina; [...] por otra parte, [...] consagra objetivos sociales de la Comunidad, pues ésta no se limita a una unión económica sino que debe asegurar al mismo tiempo, mediante una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal y como subraya el preámbulo del Tratado.<sup>15</sup>

Con posterioridad, y al hilo de una nueva demanda de la azafata Defrenne,<sup>16</sup> el tribunal afirmará solemnemente que «[...] no se puede poner en duda el hecho de que la elimi-

---

toloco de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos». *R.I.E.*, 1994-3, pp. 943-965; y la excelente monografía de SÁNCHEZ LEGIDO, Antonio. *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Ed. Colex, 1995. Del tema también me he ocupado yo misma en «El Consejo de Europa y los Derechos Humanos». *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Primera edición. Vol. IV, 2000. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

<sup>15</sup> Asunto C-80/70 de 25 mayo 1971 (Defrenne c. État belge). Rec. 1971, p. 445.

<sup>16</sup> Caso Defrenne II. Asunto C-43/75 de 8 abril 1976 (Defrenne c. Sabena). Rec. 1976, p. 455.

nación de las discriminaciones fundadas en el sexo forma parte de los derechos fundamentales». Y es esta doctrina del tribunal de justicia la que se plasma en el TCEE desde al Tratado de Ámsterdam —en especial, en el artículo 141 que recoge incluso el principio de la discriminación positiva—, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, proclamada en Niza en diciembre de 2000 y en la directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, que establece un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres se aplique efectivamente en los Estados miembro.<sup>17</sup>

### 2.3. La no discriminación en el Derecho español

A la vista de las consideraciones que anteceden, entra en la lógica de la historia —dada su adopción un año después de nuestro ingreso en el Consejo de Europa y cuando éramos candidatos al ingreso en las Comunidades Europeas— y, desde luego, en la ética de nuestra democracia recién recobrada, el énfasis que pone la Constitución española de 1978 en los derechos y libertades fundamentales. En el tema concreto que nos ocupa basta la lectura del artículo 14, situado en el frontispicio del capítulo II del título primero para entender el papel central que se reserva a la igualdad en el ordenamiento jurídico español; dice el citado artículo que «[...] los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

A los efectos que aquí nos interesan, el texto que acabo de reproducir requiere algunos comentarios. Por una parte, el artículo contiene una proclamación del principio de igualdad de carácter global que lo configura como un derecho autónomo distinto de los demás derechos y libertades recogidos en el capítulo II del título primero de la Constitución, lo que permite, en hipótesis, su invocación al margen de cualquier otro derecho.

Por otra, también resulta evidente que el artículo 14 hace de la igualdad un principio que ha de inspirar el desarrollo legal y la aplicación de los restantes derechos proclamados en la Constitución. De ahí que en la práctica habitual del Tribunal Constitucional español (TC, en lo sucesivo) la invocación del artículo 14 suela ir acompañada de la de otro artículo —normalmente consagrado a derechos de aplicación sinalagmática, por ejemplo, del 23 (que se refiere al acceso a la función pública)—, muy especialmente cuando se reivindica el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

---

<sup>17</sup> Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004LO113:ES:NOT>>.

En tercer lugar, la redacción de la norma, que en su dicción literal se refiere a «los españoles», ha de interpretarse en su contexto. Un contexto que proporciona la propia Constitución que en su artículo 1.1 proclama el valor superior de la igualdad como base del Estado; que en el artículo 9.2 señala como misión de los poderes públicos la de «[...] promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»; y que en el artículo 10.1 sitúa en la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social, señalando en el párrafo segundo del mismo artículo que «[...] las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En atención a todo lo anterior puede concluirse que la referencia a los españoles en el artículo 14 de la Constitución solo tiene sentido en cuanto que en él se proclama una genérica igualdad ante la ley, más allá de la normativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas, que el mismo texto constitucional (artículo 13.1) atribuye a los extranjeros *en los términos que establezcan los tratados y la ley*. Precepto este último que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en términos que se han orientado de modo paulatino hacia la equiparación de derechos de nacionales y extranjeros, perfilando el margen de actuación del legislador, que la misma norma reclama.

Así, desde el primer momento el TC nos dirá que el artículo 13.1 no implica «[...] que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y las libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley», sino de las libertades «[...] que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley» —STC 107/1984, de 23 de noviembre; a su vez la STC 99/1985 aclara que «[...] los extranjeros no gozan sólo de los derechos que establecen los tratados y las leyes, sino de todos los del Título I»—. Por tanto, no resulta exagerado decir que la Constitución española fue obra de españoles, pero que no se dirige solo a ellos.

### **3. Problemática específica de las mujeres inmigrantes**

Veamos ahora en qué términos se produce la inserción de las mujeres inmigrantes en el mundo igualitario —al menos formalmente— de la Unión Europea y, más en concreto, en España. La reducción del tema en los términos apuntados se justifica desde una doble perspectiva. De una parte, en un plano subjetivo estas reflexiones se escriben desde España, cuya realidad social y jurídica es la que mejor conozco; pero es que, además, de otra parte, objetivamente hemos de partir del dato indiscutible de

que existe un ritmo sostenido y creciente de movimientos migratorios hacia Europa, lo que acentúa el interés de los estudios que sobre ellos se realicen a la luz de la situación existente en los países europeos como países de acogida.

### **3.1. El actual proceso migratorio hacia Europa**

Si hacemos abstracción de diferencias en su conjunto menores, la historia nos muestra que la emigración es una constante de la humanidad. En efecto, los hombres y los pueblos, atendiendo a factores de muy diversa índole —relacionados unos con las características físicas de los países implicados, otros con sus condiciones sociales, muy especialmente, con la situación de paz o guerra—, se han desplazado en busca de mejores perspectivas vitales. Pues bien, una vez superadas las terribles consecuencias devastadoras de la Segunda Guerra Mundial, Europa Occidental se ha convertido en las últimas décadas en foco de atracción de movimientos migratorios provenientes de los otros continentes e incluso de países europeos que integraron en su día el denominado «bloque comunista».

Resultaría sin duda estéril pretender encontrar unas causas uniformes que expliquen todos los procesos migratorios que hoy confluyen sobre Europa Occidental. Por el contrario, parece claro que la pluralidad de su origen corre en paralelo con la pluralidad de factores que determinan la persistencia de un fenómeno en el que, además, resultan determinantes las razones personales de los concretos individuos que emigran. No obstante, a fin sobre todo de dilucidar su previsible grado de permanencia, puede resultar significativo establecer cuáles son los grandes parámetros en que se están produciendo estos desplazamientos de población que se dirigen hacia Europa, en contraste con los que tuvieron lugar durante varios siglos, hasta el primer cuarto del siglo XX, y que tenían su origen justamente en Europa.

Desde esta perspectiva parece claro que el largo período de estabilidad política y social que ha disfrutado Europa Occidental desde que finalizara la Segunda Guerra Mundial, y al que ha contribuido de modo tan decisivo el proceso de integración europeo, ha desembocado en un desarrollo económico que, merced a la implantación de los principios propios del Estado social en los países que la forman, ha repercutido de forma directa en su población, cuyo nivel de vida se ha elevado significativamente. En el extremo opuesto, los movimientos migratorios hacia Europa también se explican por el progresivo empobrecimiento de los más pobres, en un mundo globalizado en el que la capacidad de los gobiernos para proteger los derechos humanos es cada vez más restringida, sobre todo si hablamos de los derechos económicos. Esta incapacidad es tan marcada que cuando se intenta hacer un seguimiento del grado de respeto por parte de muchos Estados de los derechos económicos, sociales y culturales, hemos de admitir que resulta más apropiado hablar de su invisibilidad, aun-

que partamos del *a priori* conceptual de que la indivisibilidad de todos los derechos humanos es tan determinante como su universalidad.<sup>18</sup>

El estancamiento o recesión de las economías de los países en desarrollo —al que ha contribuido el freno adicional que supone la financiación de la deuda externa que ha hecho que los países pobres hayan aportado a los ricos el equivalente a seis planes Marshall—,<sup>19</sup> que ha hecho que aumenten las disparidades económicas entre países y dentro del mismo país (la diferencia de ingresos del 20% de los más ricos, en relación con el 20% de los más pobres ha pasado de ser de 30 a 1 en 1960, a duplicarse, siendo de 60 a 1 en 1980, hasta llegar a los 82 a 1 en 1995), ha ido acompañado también de una progresiva *feminización de la pobreza*. Así, de los más pobres, entre los que se cuentan más de tres mil millones de personas —es decir, más de la mitad de la población mundial— que viven en una situación de absoluta pobreza con menos de dos dólares diarios, el 70% son mujeres; y es que, ante cualquier crisis económica —y las hay en todas las economías en transición, incluso cuando lo que se busca es una mayor competitividad en la jungla del mercado mundial—, las mujeres son las primeras en perder su empleo y las últimas en recuperarlo.

### 3.2. El aumento del protagonismo de la mujer en los movimientos migratorios

Ahora bien, partiendo de tales datos no puede sorprender que cada vez sea más numerosa la participación de la mujer en los movimientos migratorios. Según las estadísticas de que disponemos, entre 1991 y 2001 el número de extranjeras en España ha aumentado un 417%, lo que supone un crecimiento medio anual del 15.4%; un dato que se corresponde con el que nos dice que de los trabajadores extranjeros con alta en la Seguridad Social, a 31 de noviembre de 2002, el 35.3% eran mujeres.

En esta visión global del fenómeno migratorio actual, otro proceso diferenciador respecto de la inmigración de décadas anteriores es la concentración de la inmigración femenina en determinadas nacionalidades —Ecuador, República Dominicana, Colombia, Brasil, etcétera— y el que en su mayoría obedecen a planes personales de inmigración. Quiero decir con ello que, en contraste con lo que ocurría hace algunas décadas, las inmigrantes de hoy no siguen necesariamente a un varón sino que, en muchos casos, son ellas las que emigran primero para hacerse seguir, más tarde, por los otros miembros de la familia.

---

<sup>18</sup> Un desarrollo de la oposición dialéctica entre la indivisibilidad y la invisibilidad de ciertos derechos humanos, con cita de Philip Alston, en Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Ed. Minima Trotta, 1999, *passim* y, especialmente, pp. 13- 26.

<sup>19</sup> Me refiero al plan de ayuda de los Estados Unidos de América que contribuyó decisivamente a la reconstrucción económica de Europa tras la Segunda Guerra Mundial.

En realidad, en estos últimos supuestos, cuando las mujeres inmigrantes se sitúan en la posición de sostenes de la familia que queda en el país de origen, tal vez no resulte totalmente exacto hablar de la existencia de un proyecto personal de inmigración, ya que en tales circunstancias puede entenderse que la decisión de emigrar tuvo un componente de decisión familiar que trascendería a la sola voluntad de la mujer. En cualquier caso la responsabilidad que en tales supuestos asumen las mujeres inmigrantes se verá normalmente compensada por la posición dominante que van a adquirir en el seno de la familia y que, de haber permanecido en las sociedades de procedencia, tal vez no habrían alcanzado. En los otros supuestos —los que podríamos denominar de proyectos de inmigración auténticamente individuales—, es todavía más difícil «abstraer» de experiencias personales intransferibles las razones que explican una decisión que siempre resultará arriesgada. Posiblemente en tales casos las mujeres buscan en la inmigración —y a veces encuentran— tanto salir del pozo de la pobreza como la independencia económica que normalmente les costaría más alcanzar —por su configuración estructural— en sus países de origen.

Pues bien, pese a la evidencia de la creciente feminización de la inmigración —que ya en 1998 casi igualaba a la emigración masculina, que era del 52,6%—, es cierto que no existen datos precisos sobre el número de mujeres inmigrantes ni sobre la proporción de las que emigran con autonomía sin vinculación al éxodo marital o familiar.

No resulta fácil explicar el por qué de la escasa visibilidad de las mujeres inmigrantes, aunque tal vez una de sus causas se halle en el tipo de trabajo que les ofrece nuestra sociedad desarrollada, sobre todo si se encuentran en una situación irregular: el trabajo en el hogar, el cuidado de niños y ancianos son todas ellas tareas que se encuentran sometidas a la máxima reserva y en las que, en cualquier caso, resulta fácil ocultar la participación de terceros. De este modo podría decirse que la opacidad de la inmigración femenina hundiría sus raíces en la propia marginalidad económica de las actividades tradicionales de la mujer en la sociedad española. Así, puesto que la mujer inmigrante viene a realizar en buena medida el trabajo no valorado en términos económicos de la mujer española, que al fin ha conseguido realizar un trabajo económicamente valorado fuera del hogar, al hacerlo «hereda» también la invisibilidad que tradicionalmente ha acompañado a tal actividad.

### **3.3. La regulación legal de la inmigración desde una perspectiva de género**

Las anteriores reflexiones pretenden dibujar con rasgos impresionistas el marco en que se desarrolla laboralmente la inmigración femenina. No obstante, llegados a este punto un mayor rigor fuerza a distinguir entre a) la regulación legal del establecimiento de extranjeros para realizar algún tipo de trabajo —es decir de los inmigran-

tes en general—, y b) las consecuencias prácticas de su aplicación a una realidad social distorsionada en la práctica por la discriminación laboral de la mujer.

En efecto, en el paraíso de la igualdad entre hombres y mujeres, que es la UE, la persistencia de prácticas discriminatorias en el plano laboral es motivo de preocupación de las instituciones —lo que prueba que existen—. El problema estriba en que, a falta de datos contrastados sobre las actividades de las mujeres inmigrantes, estas reflexiones corren el riesgo de deslizarse hacia la elucubración teórica.

### ***3.3.1. Sobre los derechos de los extranjeros en España***

Desde el punto de vista de su regulación normativa, cualquier estudio sobre los derechos de los extranjeros en España ha de partir de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Constitución española, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional a que antes me refería y que, como les decía, se orienta hacia la equiparación de derechos de nacionales y extranjeros, perfilando el margen de actuación del legislador, que la misma norma reclama.

Así, como recuerda el TC en su sentencia 95/2000, de 10 de abril:

[...] los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.

En el primer grupo se encuadra el derecho a no ser discriminado por razón del sexo, sobre cuyo alcance el TC español ha sido muy explícito. Así, ha considerado «[...] discriminatorias las normas protectoras que “perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina”, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o [...] “de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares” de parte de la mujer». Añadiendo que «[p]recisamente porque la discriminación que se manifiesta a través de este tipo de medidas es un fenómeno social, como tal fenómeno social debe ser valorado, sin perjuicio de que, en sus manifestaciones concretas, la propia víctima pueda estar de acuerdo, o aún desear su aplicación, porque el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado» (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2).

### 3.3.2. *El tratamiento de la mujer en la legislación de extranjería*

Con tales condicionantes resulta lógico que el legislador español haya entendido, sin necesidad de ningún pronunciamiento expreso del TC al respecto, que la no discriminación por razón del sexo tiene ese carácter estructural al que antes me refería por lo que la normativa en materia de extranjería —hoy la ley orgánica 4/2000, en la versión de la ley orgánica 8/2000 con las modificaciones posteriores—<sup>20</sup> resulta escrupulosa en su dicción, en la que pocas veces se han deslizado referencias a que el extranjero sea hombre o mujer. Es más, puede aceptarse que cuando se ha hecho es porque resultaba indispensable para el correcto entendimiento de la norma —por ejemplo el artículo 17.1.a de la ley de extranjería sobre el reagrupamiento de la familia poligámica que obviamente solo puede referirse a supuestos en que el reagrupante es varón—.

Ahora bien, esa neutralidad formal se proyecta sobre una realidad dual, inconscientemente asumida, en que los derechos protegidos, derechos y libertades de los ciudadanos, están pensados para el espacio público, de la economía productiva, y, más específicamente, para el espacio político, del que por definición se encuentra excluida la esfera privado-doméstica, el ámbito doméstico de las necesidades en que domina la «pasión» femenina en contraste con la «razón» exterior masculina.<sup>21</sup>

A modo de inciso, cabría señalar que si el dato que se acaba de apuntar es cierto —es decir, el que los derechos fundamentales se concibieron básicamente para el mundo exterior, el masculino— en él se podrían encontrar algunas claves de su difícil acomodación al ámbito doméstico, en donde, por eso mismo, pueden producirse fenómenos tan incontrolables como el de la violencia, llamada de forma un tanto eufemística, de género.

En todo caso, y cualquiera que sea la explicación, lo cierto es que la ley de extranjería española —al igual que las restantes leyes de extranjería que conozco— se construye teniendo en cuenta el mundo externo en el que se ubica el trabajo productivo; por eso, porque las políticas de inmigración —en la medida en que existan, más allá de la meramente policial— se diseñan en función de las necesidades laborales y económicas de las sociedades de acogida, los permisos de residencia se condicionan a la posesión de un contrato de trabajo, un requisito formal que no puede considerarse equivalente a la existencia de una relación laboral.

---

<sup>20</sup> Me refiero a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE N° 10, de 12.1.2000; BOE N° 307, de 23.12.2000; BOE N° 234, de 30.9.2003; y, BOE N° 279, de 21.11.2003).

<sup>21</sup> MOLINA PETIT, Cristina. *Dialéctica feminista de la ilustración*. Barcelona: Dirección General de la Mujer, 1994.

### 3.3.2.1. *Actividades laborales de la mujer inmigrante potencialmente discriminatorias*

Pues bien, si la posesión de un contrato de trabajo es un requisito para la regularidad de la situación de los inmigrantes que aparentemente es neutro, en el sentido de no sexista, en la práctica su exigencia va a discriminar a la mujer inmigrante. En efecto, hay que considerar que un porcentaje muy elevado —posiblemente en torno a un 80% en zonas urbanas— de las trabajadoras extranjeras se dedican al servicio doméstico —entendiendo incluida en esta noción la asistencia a menores y a ancianos—, aparte de las que se ven abocadas a ejercer la prostitución como fuente de recursos irregulares.

Las razones de la concentración del trabajo de la mujer inmigrante en el concreto ámbito de actividad del servicio doméstico son de distinto tipo. Por una parte, habría que situar la configuración de una oferta creciente, como creciente es el número de las mujeres españolas que acceden al mercado exterior del trabajo productivo; en efecto, en la medida en que esa actividad exterior resulta incompatible con la realización de las tareas que las mujeres aseguraban con anterioridad en el hogar, se hace necesario que terceras personas se hagan cargo de las mismas. Y estas terceras personas van a ser mayoritariamente mujeres inmigrantes. Por otra parte, en el otro extremo de la relación, muchas mujeres inmigrantes van a constituirse en demandantes de trabajos de este tipo que, además de no exigir calificación profesional que haya de acreditarse con alguna titulación oficial, se realiza en unas condiciones de dispersión y discreción que lo hacen especialmente opaco para los controles oficiales de las autoridades laborales.

Por lo demás, a esta opacidad contribuye de manera decisiva la legislación española vigente en la materia<sup>22</sup> constituida por el Estatuto del Servicio Doméstico, una normativa en que se diluyen o atenúan muchos de los principios protectores del moderno derecho del trabajo, tal y como se recogen en el vigente estatuto de los trabajadores o en las prestaciones del sistema de seguridad social.

En el primero de los planos indicados resultan significativas las distintas consecuencias que la legislación atribuye a la ausencia de formalización escrita del contrato de servicio doméstico y de los restantes contratos laborales. En efecto, mientras que en estos la ausencia de contrato escrito supone que se considere que hay un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa; en los contratos de las empleadas del hogar, por el contrario, la presunción es a favor de que estamos ante un contrato a término, de duración anual. En el segundo ámbito señalado, la diferencia más clamorosa del peculiar régimen de la seguridad social —regulado por el 2346/1969, de 15 de

---

<sup>22</sup> Se trata del R.D. 1424/1985, de 1° de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar (BOE N° 193, de 13.8.1985).

octubre de 1969—<sup>23</sup> la constituye el que las empleadas del hogar no tienen acceso a la prestación por desempleo, con todas las consecuencias de inestabilidad económica y dependencia del empleador que ello implica.

Pues bien, pese a la difuminación de los derechos laborales en las relaciones del servicio doméstico, lo cierto es que la resistencia a firmar contratos escritos sigue siendo fuerte, como lo prueban unas estadísticas que nos indican que solo el 14% de las empleadas del hogar tiene contrato escrito, con las consecuencias en materia de extranjería a las que nos referiremos más adelante, y con el riesgo de que tales relaciones deriven en situaciones abusivas sobre todo considerando el amplio margen que se deja al juego de la autonomía de la voluntad en estas relaciones laborales que por tantos conceptos pueden calificarse como atípicas.

La atipicidad se traduce entre otros rasgos, además del señalado en cuanto a la forma del contrato, en que se excluya la aplicación de las disposiciones sobre el deber de información de las condiciones de la relación laboral (artículo 1.2 del decreto y directiva 80/987/CEE); en la posibilidad de pactar «tiempos de presencia» en que solo se realizarán actividades no penosas; el que las internas pueden llegar a pagar por alojamiento y manutención hasta el 45% del salario total; la libertad de despido, etcétera.

El desinterés por la regulación de esta actividad —de la que sería buena prueba que el texto legal de base, el Real Decreto 1424/1985, tenga más de veinte años, siendo preconstitucionales otros textos aún en vigor—, puede residir en la especial percepción que la sociedad ha tenido tradicionalmente del trabajo doméstico que no ha sido nunca considerado trabajo «real», ya que no produce ni se proyecta hacia un mercado de terceros en que el empleador obtenga unos beneficios; de este modo se infravaloran de nuevo los beneficios sociales que este trabajo comporta, pese a que resultan fácilmente evaluables en términos de calidad de vida y de bienestar de la población.

El panorama desfavorable descrito se acentúa aún más si atendemos a la problemática suscitada por la *prostitución femenina*; una referencia que resulta obligada tanto por el peso que eventualmente tendría entre las inmigrantes como porque su regulación actual puede encerrar una nueva discriminación para la mujer.

Los hechos muestran que la prostitución constituye otra forma posible de obtener los recursos económicos necesarios para subsistir en el país al que se ha emigrado cuando no se poseen las autorizaciones legales para trabajar en él. En este mundo, aún más que en el de las empleadas del hogar, a nadie le importa el que la inmigrante tenga o

---

<sup>23</sup> BOENº 247 de 15 de octubre de 1969, modificado en muchos aspectos, aunque no en el aquí reseñado. Texto y análisis en la web del BOE: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1969/01187#analisis](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1969/01187#analisis)>.

no «los papeles en regla», con lo que se subraya el carácter marginal de una actividad que ya lo tiene cuando se ejerce por nacionales.

De los tres modelos de respuesta jurídica a la prostitución —prohibicionismo, abolicionismo y reglamentismo—, España ha optado por el segundo, el abolicionismo. En él el ejercicio de la prostitución no es un delito —se entiende que la mujer es víctima de un sistema de explotación—, mientras que el proxeneta es perseguido como principal responsable de la explotación de la mujer.

Con este planteamiento la visión de la ley orgánica de extranjería (LOE) es ambigua: victimiza a las prostitutas pero hace depender la «actuación de los servicios sociales» de la denuncia previa de estas mismas mujeres, marginadas y explotadas. Ciertamente la denuncia no es imposible, pero el planteamiento encierra una buena dosis de hipocresía. Por otra parte, la «no regulación» de la prostitución en general ignora la existencia de prostitutas que ejercen la prostitución voluntariamente y que se perciben a sí mismas como trabajadoras. El tema es complejo y, por tanto, de solución difícil, aunque alguna sentencia del tribunal supremo abra la vía de la consideración como laboral, al menos, de las relaciones entre prostitutas y propietarios de los prostíbulos (STS, Sala Segunda, 30 de mayo de 2003). Una calificación que el TC no ha discutido (STC 8/2006, de 16 de enero).

De todas formas, mientras la regulación del tema no cambie, las mujeres inmigrantes que se dedican a la prostitución seguirán en principio, como las españolas, en situación irregular desde el punto de vista laboral, con la consecuencia añadida de que su actividad no les ayudará a regularizar su situación desde la perspectiva del derecho de extranjería.

### 3.3.2.2. Consecuencias en el derecho de extranjería

Para abordar este aspecto del tema hemos de partir de la identificación del modelo de trabajador sobre la que se construye la regulación de la LOE que, como ya he avanzado, no es otro que el trabajador por cuenta ajena en el ámbito productivo, de lo público, lo que pone en desventaja a la mayoría de las mujeres que solo pueden acceder a un mercado de trabajo que se desarrolla en el ámbito de lo privado, de lo doméstico, en el que se atenúan los principios protectores de la parte más débil, propios del derecho laboral. Por eso me ha interesado incidir en aquellas actividades que, por su regulación específica, van a repercutir de manera negativa en la esfera, especialmente sensible en la vida del trabajador inmigrante, de la *reagrupación familiar* (artículos 16 a 19 de la LOE). En efecto, para ser sujeto reagrupante hay que estar en posesión de un permiso de trabajo y residencia renovado —artículo 44.1 del reglamento de extranjería,<sup>24</sup>

<sup>24</sup> R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE N° 6, de 7.1.2005).

con las especiales dificultades que su obtención plantea a quienes no estén en posesión de un contrato de trabajo—, medios de vida suficientes —que se acreditan con las nóminas, una práctica que no es usual en el servicio doméstico y, menos aún, en el ámbito de la prostitución—, alojamiento adecuado y seguro médico.

Pues bien, con esta configuración de la reagrupación familiar —para la que no parecen existir alternativas— se favorece el que su ejercicio corra a cargo de los inmigrantes varones por lo que suele ser habitual que la mujer sea la reagrupada, con el consiguiente condicionamiento de muchos de sus derechos como extranjera en España a los del varón reagrupante. En efecto, en tales hipótesis la autorización de residencia de la mujer seguirá la suerte de la que tenga su reagrupante —según se deduce del artículo 18.3 LOE que dispone que la duración de la autorización de residencia de los reagrupados, en principio, «[...] será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación»—, con lo cual se va a reproducir una jerarquía en las relaciones familiares que, en muchas ocasiones, tendrá consecuencias indeseables.

En este sentido podría entenderse —con muchos sectores feministas— que estamos ante una discriminación indirecta, ya que la sujeción del cónyuge, que establece el procedimiento de reagrupación familiar, tendría sentido precisamente porque la norma está pensada para ser aplicada a las mujeres. Una vez más el diseño sería el de mantener la vida de las mujeres reagrupadas en el ámbito de lo privado, para que el hombre pueda salir a lo público.<sup>25</sup> Personalmente rechazo que esta sea una consecuencia buscada por el legislador español al que, sin embargo, sí que habría que reprocharle el que no haya arbitrado las medidas idóneas para soslayar que, por una vía indirecta, se reproduzcan en nuestro país estructuras de subordinación contrarias al principio de igualdad que inspira a todo el ordenamiento jurídico.

En todo caso, los aspectos fragmentarios de la realidad que acabamos de examinar ponen de relieve que existe una vertiente negativa de la inmigración que expone de forma especial a las mujeres a riesgos ciertos en los que sus derechos básicos no serán respetados. Así, de una parte, deberán hacer frente, junto con los inmigrantes masculinos, al racismo y la xenofobia; de otra, pueden convertirse en objeto/sujeto de comportamientos delictivos específicos como la trata de blancas y la prostitución. Finalmente, la mujer inmigrante tiene especiales dificultades para actuar como el elemento activo de una reagrupación familiar y, en los casos en que la inmigración de la mujer se realice por dicha vía, su dependencia económica-administrativa del reagrupante la hace especialmente vulnerable, propiciando incluso situaciones de violencia

---

<sup>25</sup> MESTRE, Ruth. «Inmigración, exclusión y género». En Fernández Sola, N. y M. Calvo García (coords.). *Inmigración y derechos*. Segundas Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Zaragoza: Mira, 2001, pp. 99-110.

familiar. En este último punto, la exigencia de una convivencia en España de dos años para poder permanecer en España (artículo 41.2.a) del reglamento en relación con el artículo 16.3 de la LOE, tras la ruptura del vínculo matrimonial, puede reforzar posiciones de sumisión, aunque la toma en consideración de «circunstancias» que justifiquen su acortamiento —y la autorización de la residencia independiente— parecen justamente contemplar los supuestos de violencia doméstica (expresamente, el artículo 41.2.b) del reglamento en relación con el artículo 19.1 de la LOE.

#### **4. A modo de conclusión**

Llegados a este punto hemos de cerrar estas reflexiones afirmando que la única conclusión posible es que no la hay. No obstante, más por obedecer a mi pensamiento cartesiano que por añadir nada nuevo a lo ya dicho, creo que puede decirse que los grandes problemas de los derechos de las mujeres inmigrantes surgen, en paralelo, de su condición de inmigrantes y de su condición de mujeres.

Y es que, la inmigración, con el desgarró y el desarraigo que comporta, agrava sin duda la vulnerabilidad de las mujeres que, sumergidas muchas veces en una perenne «minoría de edad» en sus países de origen, han de hacer frente en los Estados de acogida a dificultades de documentación y legalización, comunes con las de los varones, que rayarán a menudo con el derecho fundamental a la dignidad de la persona.

Por otra parte, incluso cuando la sociedad de acogida respete formalmente el principio de no discriminación, la existencia de un poso cultural discriminatorio se agiganta al proyectarse sobre los derechos, disminuidos, de los extranjeros.

En fin, si con las consideraciones anteriores contribuyo a inquietar la «buena conciencia» colectiva de los españoles como parte de ese primer mundo que fue la cuna de los derechos humanos, entenderé que han servido para mucho. Y es que el reconocimiento de que una situación ha de ser mejorada constituye un paso imprescindible, aunque no sea suficiente, para cambiarla.

Por lo demás, debemos recordar siempre que la realidad no se compone solo de normas: muy al contrario, los atentados a los derechos de los inmigrantes —por tanto, también a los de las mujeres que forman parte de ese grupo—, aquellos que más vulneran la dignidad que es inherente a toda persona, los infringimos a veces con nuestro comportamiento, hecho de esas pequeñas cosas que al final configuran una vida. Por eso, si lográramos corregir la hostilidad latente en muchos de nuestros actos, tal vez consiguiéramos influir en la adopción de políticas migratorias más acordes con la buena tradición europea, la que identifica la idea de Europa con la democracia y el respeto de los derechos humanos.