

Mujer extranjera: una doble exclusión

Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes¹

María Helena Bedoya

Responsable de la comisión jurídica de SOS Racisme
Ptge. de la Pau, 10 bis, entl. 2a. 08002 Barcelona. Spain
ricart.bedoya@recol.es

Resumen

Aún cuando se advierte, por parte de la Administración y concretamente por los responsables de las políticas de inmigración, que el número de extranjeros que inmigran a España cada vez presenta menos diferencia en cuanto al género, la invisibilidad de la mujer sigue siendo una constante. Si los extranjeros deben padecer los efectos de una legislación orientada más sobre la base de formulaciones negativas, cuya finalidad es evitar nuevos flujos y permeabilizar las fronteras antes que sobre la base de la solidaridad y la integración, las mujeres, en tanto que extranjeras, padecen una mayor discriminación como consecuencia de estereotipos desvalorizados arraigados en la sociedad de acogida y en las severas normas en torno a la reagrupación familiar.

Palabras clave: Ley de Extranjería, flujos migratorios, estereotipos, reagrupación familiar, fronteras.

Abstract. *Foreign women: double exclusion. The influence of the Alien's Law in migrant women*

Even though the Administration and other actors are responsible of immigration policies appreciate a growing balance by immigrants gender division, women invisibility is still a constant feature. If foreigners suffer the effects of a legislation orientated towards negative formulation—with the objective of reducing new flows and sealing off borders rather than encouraging solidarity and integration—, women as foreigners suffer a bigger discrimination as a consequence of the devalorised stereotypes rooted in the host society and in a severe legislation on family reunion.

Key words: Alien's Law, migration flows, estereotypes, family reunion, borders.

Sumario

1. Agradecimientos: al Dr. Joan Botella por la lectura crítica del primer borrador del artículo. Gracias también a Carles Bertran Bruguera por las ideas y el tiempo que me obsequió.

Oid el canto dulce de las tierras de nadie.
Tanta belleza es cierta, viva, sensual, sencilla,
No obstante, todo aquí habla de otras tierras más dulces...

Aurelio Arturo

1. Introducción

Desde las ciencias sociales se ha insistido en muchas ocasiones sobre la invisibilidad de las mujeres inmigrantes en las migraciones, pero no ha sido así desde las ciencias jurídicas.

En este artículo, que es fruto de mi experiencia profesional como asesora legal de la Asociación SOS Racisme y el Centre d'Informació per a Treballadors Estrangers (CITE) del sindicato Comisiones Obreras, pretendo analizar cómo la dimensión de género tiene una importancia relevante a partir de la legislación de extranjería española, sobre todo en la dimensión familiar a la que parece que atañe muy especialmente el estatuto jurídico de la mujer inmigrante.

Parto en primer lugar de esa invisibilidad social —producto de su doble condición de mujer y extranjera— para poder después analizarla desde la perspectiva legal. Para ello, analizo someramente el régimen de entrada y visados establecido a partir del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, haciendo especial hincapié en el discurso de *emergencia social* y *orden público* que lleva implícito.

Retomo también los discursos públicos preponderantes —concretamente en un país de gran tradición de inmigración como es Estados Unidos de América— sobre la impermeabilización de fronteras desde una lectura de su impacto sobre las mujeres. Paso después a examinar los dos tipos de inmigración femenina que se estructuran a partir de la aplicación del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería: la inmigración a causa de la reagrupación familiar —con especial referencia a los hijos nacidos en España— y la autonomía a partir de un proyecto migratorio propio.

Finalmente, me aproximo a los conflictos entre legislaciones, espacio de relevante importancia sobre todo en otros países europeos, especialmente en lo que concierne a la compatibilidad con el derecho islámico.

2. La invisibilidad de la mujer inmigrante

En el mes de diciembre del año 1990, con anterioridad al proceso excepcional de regularización de extranjeros puesto en marcha por el gobierno del Estado en 1991, éste presentó al Congreso de los Diputados una comunicación sobre «la situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería»², ya entonces se definía en este informe

2. Anales del Congreso de los Diputados BOCG, diciembre de 1990.

a los destinatarios de la medida legal como a un colectivo compuesto mayoritariamente por varones, magrebíes, solteros, jóvenes y pobres. A la sazón, la distorsión del enfoque parecía al menos justificado por la escasa presencia en España de ciudadanas y ciudadanos procedentes de países no comunitarios, porque aún se mantenían los acuerdos de supresión de visados con los países del Magreb, por la imposibilidad para establecer estadísticas fiables al tener limitado los extranjeros y extranjeras el acceso a la inscripción en el padrón municipal y por la incipiente infraestructura informática de los ministerios implicados en la concesión de visados y permisos de residencia y/o trabajo.

Pese a ello, en este año de 1999 el Observatorio Permanente de la Inmigración (OPI) de la Dirección General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO) describe el perfil del extranjero o extranjera que viene a residir y trabajar en nuestro país de la siguiente manera: «A nivel estadístico, el perfil del inmigrante económico tipo es un hombre, de nacionalidad marroquí, con una edad media que ronda los treinta años, y soltero. Sin embargo, esta caracterización oculta una gran diversidad de situaciones en función de los colectivos nacionales y de los distintos procesos migratorios. Un factor diferencial importante tanto en cuanto a características sociodemográficas como a grado de integración es el tiempo de residencia en España».

Es sorprendente el grado de invisibilidad de la mujer extranjera para los responsables oficiales en materia de inmigración y extranjería, pese a la realidad de su presencia en nuestra sociedad: como afirma Antonio Izquierdo³ al analizar los datos estadísticos de las fuentes oficiales, la *distribución por sexo* de los permisos concedidos revela un aumento en la proporción de mujeres que pasa de representar en 1995 del 29,4% sobre el total de la población extranjera no comunitaria a rebasar el 32% en 1996, teniendo en cuenta que la priorización de la actividad económica del servicio doméstico durante el contingente⁴ de 1995, reforzó el proceso de «feminización de la mano de obra extranjera». Siguiendo a Izquierdo (ibídem), los flujos migratorios más feminizados son los de República Dominicana, Perú y Filipinas, sin embargo es de anotar que, por su número, las mujeres de nacionalidad marroquí ocupan el primer lugar en cuanto a permisos de trabajo concedidos a las mujeres, pero éstas pertenecen al colectivo en donde predominan los hombres que trabajan.

Por otra parte, la participación de las mujeres en la inmigración hacia España es un tema que no ha suscitado demasiado interés para el legislador ni en la

3. IZQUIERDO, Antonio (1998). *Conferencia en el acto inaugural de las II Jornadas de Legislación de inmigrantes, del Consell Municipal de Benestar Social*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.

4. Se denomina *contingente* al procedimiento de autorización nominativa laboral dirigida a extranjeros no comunitarios, que puede autorizar el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, con el objeto de garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por los españoles, de conformidad con el artículo 70 del Reglamento de ejecución de la LOE, aprobado por RD 155/1996 de 2 de febrero.

elaboración de políticas de integración. Es como si fuera suficiente el ocuparse de la reagrupación familiar a partir del concepto de familia nuclear y de los niños, ya que a éstas se les «intuye» unidas tanto a la una como a los otros. La utilización de términos como «población», «colectivo», «unidad familiar», etc., sugiere la posibilidad de utilizar cifras y nociones sin sesgo de género, negando a la extranjera su propio proyecto migratorio que o bien obedece a una estrategia económica de pareja en donde con los ingresos de uno se vive en el país de acogida, mientras que los ingresos del otro son enviados como remesas a su país de origen o se ahorran para un eventual retorno, o bien puede ser un proyecto autónomo.

Las trabajadoras extranjeras se enfrentan en competencia por el espacio y el lugar de trabajo, en primer lugar, con otras extranjeras que por origen, lengua, cualificación profesional y nivel cultural pueden estar más próximas a las autóctonas y a éstas, aceptando tareas por debajo de sus cualificaciones y de sus aptitudes y con una retribución inferior, asumiendo con ello un descenso social con respecto a su lugar de origen y una pérdida de su autoestima.

3. Los condicionantes legales

Antes del inicio del nuevo siglo, España tendrá una nueva ley que regule los derechos y libertades de los extranjeros y extranjeras procedentes de países no comunitarios; para entonces también probablemente habrá entrado en vigor el convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en el espacio de la Unión Europea, en virtud de lo dispuesto en el Tratado de Amsterdam sobre medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, de una parte, y de control de fronteras exteriores, asilo e inmigración, de otra. Aunque los problemas derivados de la aplicación de la ley afectan por igual a hombres y mujeres, algunas situaciones específicas inciden más negativamente en las mujeres.

Durante los días 15, 16 y 17 de enero de 1994 se celebraron en Barcelona, organizadas por el Ayuntamiento, las «I Jornades sobre les dones immigrades», bajo el lema: *Les dones immigrades desafien la seva invisibilitat*, algunas de las conclusiones especialmente las referidas a la situación legal en España⁵ —y en concreto las relativas a la incorporación en el texto normativo de disposiciones de regulación de visado por reagrupación familiar y otras relacionadas con la concesión del permiso de residencia por este concepto—, fueron coincidentes con las propuestas del «Informe de Girona»⁶ relativas a las mujeres

5. En nuestro marco de debate: «Les dones immigrades a Barcelona: factors que incideixen en l'experiència immigratòria femenina», intenté analizar el marco jurídico e introducir los textos propositivos relativos al visado por concepto de reagrupación familiar, permisos de residencia, permiso de trabajo autónomo, permiso de residencia de hijas mayores solteras que dependen económicamente de sus padres o hermanos en el caso concreto de las musulmanas.
6. Comissió d'Associacions i Organitzacions no Governamentals de les Comarques de Girona, *L'informe de Girona: cinquanta propostes sobre immigració* (1993).

extranjeras⁷ y éstas a su vez fueron recogidas en parte en el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por el Real Decreto 155/1996⁸.

Los aspectos más importantes que podemos destacar del actual Reglamento, que afectan de una manera más específica a las mujeres, se refieren a los siguientes conceptos legales.

3.1. Entradas y visados

Con la creación de *Schengenland*, o «Territorio de Schengen», en referencia a la ciudad luxemburguesa en donde se firmó el 14 de junio de 1985 el Acuerdo de ese nombre, siendo el Convenio de aplicación de fecha de 19 de junio de 1990 por el cual los Gobiernos de los Estados firmantes, decididos a cumplir la voluntad expresada en dicho Acuerdo, de lograr la supresión de controles en las fronteras comunes en la circulación de personas y de facilitar en dichas fronteras el transporte y circulación de mercancías, en sus respectivos territorios, España se ve una vez más abocada, dentro del proceso de integración comunitaria, a diseñar un nuevo marco legal que recoja la especificidad de la nueva política de visados.

España firmó el Protocolo de Adhesión el 25 de junio de 1991 (BOE 181 de 30 de julio de 1991), habiendo entrado en vigor en forma general para España el 1 de marzo de 1994. En la actualidad forman parte del «Territorio Schengen» Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia. Las líneas básicas de aplicación del Convenio en relación con la admisión de ciudadanas y ciudadanos de países no comunitarios pueden resumirse en: restricción de entradas, existencia de un visado uniforme, elaboración de listas de inadmisibles (manejadas a través del Sistema Informático Schengen —SIS y el suplementario SIRENE para España—), imposición de fuertes sanciones a las empresas transportistas en caso de permitir la entrada a inmigrantes indocumentados, devoluciones en frontera aún cuando el destino final del extranjero o extranjera sea otro Estado.

En virtud de la política común de visados, prevista en el Convenio, se introdujo una notable modificación en esta materia —respecto al anterior Reglamento— en el capítulo II, «Documentación, visados y entradas», correspondiente al Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio,

7. Recomanació 15. Que es regulin els criteris de concessió de visat per al reagrupament familiar, d'acord amb la Disposició Addicional 3^a del Reial Decret 1119/86 de 30 de maig, de manera preferent i no amb criteris restrictius.

Recomanació 41. A causa de la situació de les dones immigrades, es recomana una especial atenció dels serveis socials, culturals i sanitaris. Qüestions com la tutela dels seus drets com a persona, l'educació, higiene i alimentació dels fills, convivència i relació amb els veïns, aprenentatge de l'idioma, i de temes pràctics com anar a comprar, etc., han de ser preses en consideració pels serveis municipals.

8. BOE núm.47, viernes 23 de febrero de 1996

aprobado por Real Decreto 155/1996. Metafóricamente, España asume así el papel de frontera sur con el norte de África y con América Latina⁹.

Con la implementación de esta nueva forma de frontera, con sus procesos de admisión/rechazo cuyo argumento principal es el concepto de *orden público*, de tal manera que el control físico de las personas que se disponen a atravesarla incluye no solo la acreditación de los documentos de viaje, posesión del visado, medios económicos —cuya regulación sigue siendo la contenida en una Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989—, condiciones sanitarias de acuerdo con los criterios de la OMS y concretadas por el Ministerio español de Sanidad y Consumo, sino también la investigación y prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las partes contratantes¹⁰. Basta, según el redactado del Convenio, que existan razones serias para creer que el extranjero o la extranjera ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los referentes al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o que sobre éstos *existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de uno de los estados Schengenland* (la cursiva es mía), valoración que corresponde a las autoridades policiales de control de fronteras sin más garantías judiciales que las hipotéticas acciones que toda persona —extranjero o extranjera— inadmitida, y por tanto devuelta a su país de origen, pueda emprender con el objeto de conseguir la rectificación o supresión de la inscripción cuando ésta se haya efectuado por errores de hecho o de derecho que se refieran a su identidad o a una descripción que se refiera a ella.

3.2. Impermeabilidad de las fronteras: fronteras porosas¹¹

Esta expresión, utilizada en el debate público durante la llamada «crisis de la inmigración ilegal» en un país de gran tradición inmigratoria como Estados Unidos en la década del 75 al 85, sugiere al menos dos ideas: una que la frontera es porosa porque tiene espacios, orificios o huecos en la estructura sólida y puede ser *atravesada* por objetos —sólidos, líquidos o gaseosos—, animales

9. Este tema lo hemos desarrollado más ampliamente en el texto: FEDERACIÓN SINDICAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CCOO, *Legislación sobre inmigración y extranjería*. Edit. Fundación 1º de Mayo; con la colaboración de Víctor Manuel Gómez López y María Helena Bedoya Muriel, Madrid, 1997.
10. El artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen dispone, en primer lugar, como se elabora la lista de no admisibles, a partir de la introducción en el Sistema Informático Schengen, sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas según las normas de procedimiento previstas según la legislación nacional y, en segundo lugar, que «las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional».
11. Tomo prestada esta metáfora utilizada por Phillips Pease Chock en: «Las fronteras porosas. Los discursos de la diferencia en las sesiones del Congreso de los Estados Unidos de América sobre inmigración», en *Democracia y diferencia. Cultura, poder y representación en los Estados Unidos y en España*, Davydd J. GREENWOOD y Carol J. GREENHOUSE (eds.) (1998). Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

o personas y la otra que solo la impermeabilización total de la estructura puede evitar la inundación, avalancha o diálisis. Por medio de la sugerencia de tales imágenes catastrofistas se originó una psicosis en donde la mujer aparecía como el elemento de más alto riesgo, ya que ellas o bien traerían consigo o posteriormente mediante la reagrupación familiar un elevado número de niños¹² o lo que era más aterrador para los congresistas varones, blancos, cultos y protestantes: estas mujeres, ya instaladas en suelo americano, traerían al mundo infinidad de niños, *nacidos americanos*. Siguiendo el interesante análisis cultural sobre dicho discurso elaborado por P.P. Chock, encontramos que también coexistía otra postura referida al papel que dichas mujeres podrían desempeñar dentro de la familia —entendida como una familia nuclear, religiosa y armónica— en donde estas familias eran bien vistas desde la perspectiva de los signos de estabilidad y honra, amantes de la ley y, en definitiva, buenos ciudadanos americanos capaces en el futuro de entregar su vida por el país que les acogió.

En España, si bien es cierto no hay espacio para discursos públicos tan claramente discriminatorios sobre la inmigración femenina, sí existe una percepción social muy distorsionada que no refleja para nada la capacidad y/o posibilidad de las mujeres extranjeras para inmigrar por las mismas causas que los hombres. Y que además existen tantas categorías legales de mujeres inmigrantes como causas y finalidades tenga su proyecto migratorio: turistas, trabajadoras con residencia temporal, residentes permanentes, rentistas, inversoras, refugiadas, estudiantes, artistas, investigadoras, científicas invitadas por universidades españolas, ministras religiosas, representantes de organismos internacionales, diplomáticas, pertenecientes al cuerpo consular, y también pueden estar en situación de indocumentadas. En un artículo de la socióloga Amaia Barandica Ortíz¹³, coordinadora del Grupo Investigador de Género en la Universidad Pública de Navarra, al referirse al perfil emergente de mujeres inmigrantes en Navarra concuye que: «son mujeres que emigran solas, por iniciativa propia, con un proyecto migratorio autónomo y pionero; frente a un perfil de mujeres rurales y analfabetas, se está produciendo un tipo de inmigración más selectiva, ya que, cada vez más, se encuentran mujeres provenientes de medios urbanos, con una cultura migratoria interna en sus propios países y con un nivel de instrucción y cualificación más elevado que el de la media de sus propios países; son mujeres que desempeñan un importante papel de arrastre migratorio posterior; en buena medida son el principal sostén económico de las familias de origen [...]». Sin embargo las inmigrantes perciben que la sociedad de acogida tiene de ellas una imagen estereotipada: «dependiente y analfabeta» en algunos casos y «perdida» en otros. En cuanto a la relación personal con los autóctonos, especialmente con el sexo masculino en ambien-

12. En los debates públicos en el Congreso de los Estados Unidos durante esa época, se les suponía, especialmente a las mejicanas, una gran capacidad reproductora.

13. SOS RACISMO, Federación Estatal, «Informe Anual sobre el racismo en el estado español», Barcelona, 1998, p. 147.

tes de ocio, es frecuente que la pregunta más utilizada para iniciar una conversación entre extraños ¿estudias o trabajas? se sustituya por ¿drogadicta o prostituta?

3.3. *El tráfico ilegal de mujeres con fines de prostitución*

Aún cuando me parezca que es inexcusable por parte de la Administración el control sobre cualquier forma de tráfico de seres humanos y aún cuando existen evidencias —incluso bastante recientes— de que muchas mujeres jóvenes son captadas en sus países de origen con la finalidad de que ejerzan la prostitución bajo férreos controles de organizaciones criminales o bien son reclutadas mediante engaños o promesas de encontrarles un lugar de trabajo en el sector de la restauración o en el trabajo doméstico y posteriormente forzadas al ejercicio de la prostitución en el país de acogida mediante coacciones, incautación de sus pasaportes o exigencia del dinero previamente dejado en préstamo para sufragar los gastos del viaje, opino que es discriminatorio el criterio o presunción por el cual se considera candidata a incluirse en estas redes a *quienes viajan solas sin la compañía de un varón*¹⁴. Este prejuicio condicionará no solo la entrada en nuestro país, sino también el mantenimiento de una sujeción al vínculo conyugal cuando el ingreso se efectúa por motivos de reagrupación familiar y es ella la reagrupada.

3.4. *Reagrupación familiar*

La reagrupación familiar es considerada como el mecanismo legal por excelencia para la estabilidad y la integración de los extranjeros y las extranjeras establecidos en un país de acogida de manera más o menos estable. En una ponencia sobre el tema, la profesora López Bellosta¹⁵ nos aproxima a una definición: «aquel procedimiento administrativo por el cual determinados familiares que no tengan la nacionalidad del país de acogida, denominados *reagrupados*, se reúnen con residente, extranjero o nacional, en el país de acogida, denominado reagrupante, según unos procedimientos y unos requisitos más favorables que los exigidos normalmente a un extranjero según el mecanismo normal. La reagrupación familiar supone un procedimiento de autorización de entrada y residencia de los reagrupados en condiciones más favorables que para el resto de los extranjeros». Ahora bien, en la práctica cada día existen más restricciones que privilegios en la tramitación y admisión de familiares, si bien es cierto que las restricciones son muy sutiles y dirigidas no contra la per-

14. Esta percepción es producto de mi experiencia personal en las múltiples asistencias letradas que he realizado a mujeres detenidas por estancia ilegal y especialmente en conversaciones informales con agentes policiales de las comisarías de extranjeros.

15. LÓPEZ, M. (1998). *Igualtat de drets-Valoració del dret d'estrangeria i de les polítiques d'integració*. Ajuntament de Barcelona, 27 i 28 de febrer de 1998. Se trata de un estudio muy riguroso y bien documentado sobre los aspectos jurídicos de la reagrupación familiar.

sona del familiar o cónyuge que se quiere reagrupar, sino más bien orientadas a destruir mediante el sistema de presunciones negativas, doctrinas de fraude de ley (*sic*) esgrimidas por los consulados generales de España —especialmente los ubicados en el Reino de Marruecos, Argelia y República Dominicana— o rechazo de las certificaciones de parentesco expedidas de conformidad con la ley personal de los peticionarios, el vínculo del parentesco, filiación o matrimonial existente entre reagrupante y reagrupado.

La reagrupación familiar, aunque el procedimiento administrativo sea similar, puede tener su origen en diferente normativa según el reagrupante sea español o española, se trate de un ciudadano o ciudadana que tenga la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la unión europea y su residencia legal la haya fijado en España o se trate de un reagrupante con nacionalidad de un Estado no comunitario, con residencia legal en España. En los dos primeros casos al reagrupado o reagrupada se le extenderán las ventajas del régimen comunitario y en el tercero les será de aplicación el régimen general de extranjería.

En el procedimiento de reagrupación del cónyuge o la cónyuge, el ordenamiento español exige el requisito de convivencia efectiva, esto es que no se hallen separados de hecho o de derecho —condición inexistente en el ámbito comunitario—, como afirma Aurelia Álvarez¹⁶, desde el punto de vista legal bastaría con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del Código Civil mientras no recaiga una sentencia declarando la disolución o la nulidad del matrimonio. Siguiendo a la misma autora, no me parece de recibo que las autoridades administrativas sean las competentes para pronunciarse acerca de la validez o nulidad del matrimonio, ni tan siquiera con el pretexto de prevenir los matrimonios fraudulentos denominados eufemísticamente «de papel», «blancos», etc., y cuya única finalidad es la de obtener por el cónyuge o la cónyuge los beneficios de la reagrupación familiar, e incluso en el evento de que el reagrupante o la reagrupante ostente la nacionalidad española, la posterior obtención de ésta por la combinación de dos factores: el matrimonio con español o española y un año de residencia en nuestro país. En el último año y a partir de la resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre «las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos», los consulados españoles, por orden de la Dirección General de Asuntos Consulares, vienen aplicando lo que ellos denominan «la doctrina del fraude» (*sic*), según la cual, para que un matrimonio tenga apariencia de legalidad deben, entre otras cosas, demostrar que viven juntos —evidentemente si se pretende la reagrupación es porque por razones migratorias o diversas, uno de los dos ha permanecido en el país de origen y el otro o bien ha emigrado a España o éste es su país de origen y residencia— que si se trata de un matrimonio reciente acrediten convivencia previa a la celebración de éste, requisito que, además de ser inexistente en todas las legislaciones

16. ÁLVAREZ, A. (1995). «El estatus del extranjero en el espacio económico europeo y la libre circulación de personas». *1ª conferencia internacional de abogados sobre derechos de extranjería área sur y mediterránea*. Zaragoza.

e impensable en aquellas culturas en donde se presume la virginidad de la mujer anterior al matrimonio, violaría el artículo 18.1 de la Constitución que garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal, el artículo 32 (ibídem) que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad de derechos que por mandato del artículo 10.2 (ibídem), deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En el supuesto en el cual el matrimonio se haya celebrado en el país de origen del cónyuge o la cónyuge cuya posterior reagrupación se pretende, la limitación viene dada por la negativa de algunos cónsules españoles a inscribir el matrimonio en el Registro Civil español, cuando por disposición en el artículo 5 del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, éste actúa en calidad de funcionario de registro civil, aquí se coarta el *ius nubendi*, al presumir la mala fe de los contrayentes aduciendo el vicio de la simulación o falta de consentimiento que produce la nulidad del matrimonio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Código Civil.

Algunos ejemplos nos sirven para ilustrar la postura consular:

Caso uno

En el asunto de trámite de visado por concepto de reagrupación familiar 97/11017 instado ante el Consulado General de España en Casablanca, Doña B.E.A. marroquí residente en Marruecos, solicita el visado por reagrupación familiar con su cónyuge Don A.B. residente legal en España, quien aportó en tiempo y forma toda la documental probatoria exigida por la ley ante la Oficina Única de Extranjeros de Barcelona. El cónsul niega el visado por considerar que: «no figura el estado civil de los esposos antes de contraer matrimonio» (*sic*), pese a la existencia en el expediente del acta de matrimonio de éstos celebrado en Marruecos con todas las formalidades de la legislación aplicable cuatro años antes de la petición de visado y a la comparecencia ante el consulado de doce testigos veraces, presentados por los solicitantes.

Caso dos

En el asunto de reagrupación familiar del cónyuge instado por Don A.R. para reagruparse con su esposa Doña N. M. residente legal en España, el mismo cónsul de España en Casablanca deniega el visado al considerar que se trata de «matrimonio reciente, esposa mayor que el solicitante, como indicios de matrimonio de conveniencia» (*sic*).

Caso tres

En el asunto 9695002 de solicitud de visado por reagrupación familiar instado por Don I.D., para reagruparse con Doña H.T., también marroquí, residente legal en España, ante el Consulado General de España en Tánger, pese a reunir todos los requisitos legales, el cónsul denegó el visado al considerar que el «Vínculo familiar debe ser calificado como nulo por simulación con el objeto de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimo-

nial». Esta decisión fue adoptada prescindiendo totalmente de las pruebas aportadas incluida la testifical y el «acta de confirmación de continuidad del matrimonio» suscrita por los *Adules*, notarios del Derecho musulmán.

Caso cuatro

En el asunto de solicitud de inscripción de matrimonio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana y bajo las leyes de ese país por la ciudadana española Doña M.A.D.P.D. y Don J.L.R.T., de nacionalidad dominicana, el cónsul general de España en Santo Domingo, actuando en su condición de encargado del Registro Civil Consular, denegó la inscripción por considerar que «no existe verdadero consentimiento matrimonial, como denota, entre otros datos, la falta de convivencia y el conocimiento del esposo, tratándose en consecuencia de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares, por lo que en aplicación de *la doctrina del fraude a la ley* y a efectos de conseguir que la realidad registral corresponda a la verdad [...]» (*sic*)¹⁷.

Cuando el matrimonio se celebra en España y al menos uno de los contrayentes es extranjero o extranjera, nacional de un país no comunitario, y no tiene autorizada con anterioridad la residencia, por carecer del visado de entrada correspondiente, podría en principio solicitar y obtener la Exención de visado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.8 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85, aprobado mediante Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. Sin embargo, los motivos o razones para la concesión de dicha exención fueron tasados mediante la interpretación contenida en la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996 (BOE 17 de abril de 1996, número 93) que, para el caso de los cónyuges, exige unos requisitos ineludibles: «siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud». La aplicación de esta orden ha suscitado durísimas críticas por parte de las asociaciones de inmigrantes, organizaciones no gubernamentales de ayuda a inmigrantes y refugiados y organizaciones sindicales, las cuales han sido recogidas por el defensor del pueblo, quien, con fecha 28 de abril de 1998, envió una recomendación dirigida al subsecretario de Interior sobre la necesidad de su modificación, al incidir ésta sobre uno de los aspectos más sensibles de la reagrupación familiar. En dicha recomendación el defensor del pueblo valora que «transcurridos casi dos años desde que se publicó la Orden Ministerial, la única realidad vivida a diario por un buen número de españoles, fundamentalmente, y de algunos residentes legales en España, es su desesperación por lograr que la Administración exima a sus cónyuges de un título jurídico que les per-

17. En todos los casos referidos, los procedimientos de reagrupación familiar fueron tramitados por los interesados con la asesoría del Centre d'Informació per a Treballadors Estrangers (CITE) del Sindicato Comisiones Obreras (CCOO) de Cataluña durante los años 1997 y 1998, existiendo un número muy elevado de casos similares.

mita obtener un permiso o tarjeta de residencia, sin necesidad de tener que iniciar todo un largo periplo de regreso a su país, para solicitar un visado de reagrupación familiar repleto de innumerables obstáculos, con la finalidad de ejercer el derecho a constituir un grupo familiar en España, sin tener la incertidumbre de si un día van a ser detenidos y expulsados, *aún cuando formalmente esto no pueda ocurrir.*» A juicio de la misma institución, la orden incide en cuatro aspectos: *a)* en la reagrupación familiar, *b)* en los efectos civiles del matrimonio, *c)* en la libertad de circulación de las personas con arreglo al derecho comunitario y *d)* en el trato discriminatorio entre españoles; excediendo, por tanto, las previsiones reglamentarias en materia de exenciones de visado y en las facultades de aplicación y desarrollo previstas en las disposiciones finales primera del Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, y del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, pues por su naturaleza una orden ministerial no puede incrementar en ningún caso condiciones —como el caso de los tres años de convivencia— no previstas en el reglamento del cual deriva. Anota más adelante la misma recomendación, que es menester recordar al Ministerio, que el Tribunal Supremo ha considerado el matrimonio y la reagrupación familiar a partir de éste como causa excepcional para obtener la exención de visado y que el alcance de esta reiterada jurisprudencia no puede obviarse ni tan siquiera con la pretendida justificación de evitar la celebración de matrimonios fraudulentos. El defensor del pueblo, amparado en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, señala que «la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar, no significa sin más, que se otorgue a la Administración capacidad para decidir con plena libertad, sino que muy al contrario, viene obligada a la única decisión correcta, tras valorar los hechos acreditados, porque no estamos en presencia de una potestad discrecional de la Administración, sino ante el deber de otorgar, en este caso, la dispensa de visado o la autorización de estancia si se dan las circunstancias fácticas que integran el susodicho concepto jurídico» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1994), de tal manera que atribuir al matrimonio eficacia solo si tiene tres años de antigüedad a efectos de la obtención de la exención de visado, resulta contrario a los principios generales del derecho, en virtud de los cuales la buena fe, la validez y la eficacia de los negocios jurídicos —el matrimonio lo es *strictu sensu*— se presume, salvo prueba en contrario.

3.5. Obtención del permiso autónomo

La posibilidad de adquisición, por parte de la extranjera, de un permiso de residencia independiente del cónyuge cuando su primer permiso de residencia tuvo como presupuesto legal la reagrupación familiar, fue una novedad introducida en el reglamento de 1996, después de diez años de aplicación de la Ley de Extranjería. Sin embargo se mantiene con carácter general la obligación del mantenimiento de la legalidad del reagrupante, la convivencia y mantenimiento del vínculo conyugal con el mismo y sólo procede la obtención del permiso independiente para la persona reagrupada cuando se dan

alguna de las siguientes circunstancias: *a)* obtenga un permiso, *b)* acredite haber convivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen —no se hizo mención expresa a los malos tratos o a la violencia doméstica que puedan sufrir las extranjeras por parte de sus cónyuges, en cuyo caso considero debería concederse el permiso en forma automática, independientemente de las acciones legales que ésta pueda emprender—, *c)* el reagrupante hubiere fallecido con *residencia legal* en España.

3.6. *Hijos nacidos en España*

Apenas a partir del año 1996, en virtud de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley de Extranjería, se ha venido a normalizar una situación que antes era surrealista: los progenitores debían solicitar la gracia de la «exención de visado» para sus hijos nacidos en España. Actualmente, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento de la LOE, procede la concesión de un permiso de residencia del mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores, a los hijos nacidos en España, *de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España* (la cursiva es mía). Considero que esta disposición sigue siendo insuficiente e incluso contraria a la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, especialmente a los artículos 7 y 20, al limitar los derechos del niño a la residencia al hecho de que sus progenitores residan legalmente en España. En materia de protección a la infancia, la lucha contra la apatridia y cualquier forma de discriminación al menor, nuestra legislación civil resolvió, conforme a las normas de derecho internacional privado, atribuir la nacionalidad española *ex iure soli*: *a)* a los niños nacidos en España de padres extranjeros cuando ambos carezcan de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad; *b)* los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada y, a estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

3.7. *Conflicto de legislaciones*

Con el establecimiento en España de familias extranjeras de manera más o menos estable, surgen en el seno de éstas —al igual que sucede con las familias autóctonas— unos conflictos propios de la convivencia y de las relaciones conyugales y paterno-filiales. Este hecho en sí mismo no tiene porque ser relevante, pero el problema para los operadores jurídicos españoles, especialmente para los tribunales a la hora de aplicar el derecho nacional, radica en el conflicto de legislaciones surgido entre la ley personal del extranjero o extranjera y la ley española, o ley de su residencia habitual o vecindad civil. Toda vez que son las mujeres extranjeras las más afectadas en situaciones de quiebra de la unidad familiar, especialmente cuando éstas dependen legal y económicamente

a efectos de mantener su situación legal en España de la continuidad del vínculo conyugal, es por lo que abordaré este difícil tema, aunque solo pretenda llamar la atención sobre el problema¹⁸.

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en nuestro Código Civil en el Título Preliminar, Capítulo IV, «Normas de derecho internacional privado», especialmente el contenido del artículo 9, que establece con carácter general que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, y las once reglas que derivan del mismo. Podemos sintetizar que las dudas más frecuentes, especialmente entre los profesionales del derecho que en la mayoría de los casos son consultados por las mujeres extranjeras —ya que en la mayoría de los casos es el marido quien utiliza el vínculo matrimonial para chantajear a su cónyuge respecto del permiso de residencia o la amenaza de abandonar España llevándose a los hijos menores consigo—, son las relativas a la separación, las medidas provisionales, los alimentos, la patria potestad y el divorcio. En relación con la competencia del Tribunal español y el procedimiento del tema, como anota Alegría Borràs (1998: 168) desde el punto de vista del derecho internacional privado, el tema abarca todos los ámbitos que integran su contenido; el funcionamiento de la norma en conflicto, la cooperación judicial internacional o el reconocimiento y la ejecución de decisiones. En espera de que en parte sea la jurisprudencia y la doctrina científica quienes vengán a aportar soluciones que, aunque jurídicas, no desconozcan el hecho de la diferencia cultural y el tema religioso entre otros y que también el legislador se plantee si, al igual que ya se ha adoptado en países europeos con mayor experiencia inmigratoria, deberían adoptarse en España normas de derecho material o conflictual acorde con las nuevas circunstancias.

Prueba de la importancia de estas cuestiones —y de la falta de tradición sobre conflictos culturales en España— fue la ardua discusión del redactado del artículo trece del texto de la proposición de modificación de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, al no quedar claro por parte de los diputados cómo se puede compaginar la primacía de los derechos fundamentales, conforme a la interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el establecimiento de limitaciones a cualquier intento de vulneración de éstos —o contra las mujeres— basado en la diferencia o tradición cultural o religiosa. En palabras de Alegría Borràs¹⁹: «no pueden orillarse a favor de la integración instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación respecto de las mujeres [...] pues-

18. Sobre el tema, Alegría Borràs en *El islam Jurídico y Europa, derecho, religión y política*, Alegría BORRÀS y Salima MERNISSI (ed.) (1998). Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Barcelona, realiza un excelente análisis jurídico.

19. BORRÀS, A., op. cit.

to que existen valores, derechos personales que van más allá de las peculiaridades de un grupo».

4. A modo de conclusión

Como hemos visto, la dimensión familiar parece ser la clave para el análisis del papel de género en la legislación española de extranjería, aunque esto no tiene que hacernos olvidar —si no queremos caer en una visión estereotipada y *conservadora* de la capacidad de la mujer de gestionar su propio proyecto vital y migratorio, visión por lo demás excesivamente frecuente— la existencia de un número cada vez mayor de mujeres que optan por un proyecto migratorio autónomo.

Es precisamente con respecto al proceso legal de la reagrupación familiar —especialmente por la *doctrina de fraude de ley* que en el caso de los matrimonios vienen aplicando los consulados españoles en África y en América Latina— en donde las mujeres extranjeras encuentran mayores trabas administrativas, como ha sido denunciado por el defensor del pueblo, por las asociaciones de inmigrantes, organizaciones sindicales y organizaciones de defensa de los derechos humanos.

Es de esperar que la nueva Ley de Extranjería venga a dar respuesta satisfactoria a todas estas cuestiones, sin embargo no podemos olvidar la importancia creciente de la dimensión europea —a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el 1º de mayo de 1999— en cuanto a la consolidación y unificación de las políticas migratorias, la incorporación al Tratado del Acervo de Schengen y el establecimiento del convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros de la Unión Europea, en donde los temas fundamentales son, de un lado, el control de fronteras exteriores y, de otro, una política más restrictiva de la reagrupación familiar.

Las mujeres extranjeras sufren una doble discriminación, pues a la discriminación de género —padecida también por las mujeres autóctonas— debe sumarse la situación de desprotección que su estatus jurídico conlleva, que la expone a una situación de precariedad, inseguridad e indefensión, tanto en sus relaciones familiares como respecto a los poderes públicos. Como dice Dolores Juliano²⁰ al referirse a las mujeres inmigrantes extracomunitarias: «Sospechosas de dedicarse a trabajos ilegales y de procrear en el seno del mundo rico pequeños que muestren en sus pieles oscuras que el tercer mundo existe, las mujeres tienen mayor cantidad de barreras a la inmigración que los hombres y se desarrollan sobre ellas estereotipos más desvalorizadores (se les considera ignorantes, sumisas, resignadas e hiper-religiosas) aunque suscitan menos agresividad».

20. JULIANO, D. (1998). *Las que saben. Subculturas de mujeres*. Col. Cuadernos Inacabados. Horas y Horas, Madrid.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, A. (1995). «El estatus del extranjero en el espacio económico europeo y la libre circulación de personas». *1ª Conferencia internacional de abogados sobre derechos de extranjería área sur y mediterránea*. Zaragoza.
- BEDOYA, M.H. (1994). «Les dones inmigrades a Barcelona: factors que incideixen en l'experiència immigratòria femenina». *Les dones immigrades desafien la seva invisibilitat. I Jornades sobre les dones inmigrades*. Ajuntament de Barcelona, enero de 1994.
- BORRÁS, Alegría; MERNISSI, Salima (1998). *El Islam Jurídico y Europa*. Barcelona: Institut Català de la Mediterrània.
- CENTRE UNESCO CATALUNYA (ed.) (1993). *L'informe de Girona: cinquanta propostes sobre immigració*. Barcelona.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Anales del Congreso*, BOCG. Madrid, diciembre de 1990.
- CHOCK, Phillips Pease (1998). «Las fronteras porosas, los discursos de la diferencia en las sesiones del Congreso de los Estados Unidos sobre inmigración». En GREENWOOD/GREENHOUSE (eds.). *Democracia y Diferencia, cultura, poder y representación en los Estados Unidos y en España*. Madrid: UNED.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Recomendación sobre la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996*, dirigida al Ministerio del Interior en expediente Q9618253, Área 7/PAZ, abril de 1998.
- FEDERACIÓN SINDICAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CCOO (FSAP) (1997). *Legislación sobre inmigración y extranjería*. Madrid: Fundación 1º de Mayo, Víctor M. Gómez López y María H. Bedoya
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadística de variaciones residenciales, Efectivo de extranjeros residentes en España*. Decenio 1988-1997.
- IZQUIERDO, Antonio (1998). Lección Inaugural de las *II Jornades de Legislació de immigrants*. Ajuntament de Barcelona: Consell Municipal de Benestar Social, febrero de 1998.
- JULIANO, Dolores (1998). *Las que saben, Subculturas de mujeres*. Col. Cuadernos Inacabados. Madrid: Horas y Horas.
- LÓPEZ, B.M. (1998). «Reagrupación Familiar». *Jornades sobre igualtat de drets, valoració del dret d'extranjería i de les polítiques d'integració*. Ajuntament de Barcelona, febrero de 1998.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Indicadores de la inmigración y el asilo en España, boletines del año 1998, boletín nº 4 de enero de 1999*. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Observatorio Permanente de la Inmigración (OPI).
- SOS RACISME, FEDERACIÓN ESTATAL (1998). *Informe anual sobre el racismo en el estado español*. Barcelona.
- UNITED NATIONS (1994). *The migrations of women: methodological issues in the measurement and analysis of internal and international migration*. UN International Research and Training Institute for the Advance of Women INSTRAW, N.Y.