

# Los efectos de género del derecho de inmigración por razones familiares: interpretación en contexto como posible remedio judicial<sup>1</sup>

Fulvia STAIANO

University College Cork, Irlanda  
fulvia.staiano@ucc.ie

Recibido: Mayo 2015

Aceptado: Septiembre 2015

## RESUMEN

El marco normativo sobre inmigración por razones familiares puede afectar de manera desproporcionada y negativa a las mujeres inmigrantes y a sus derechos, produciendo efectos de género. En algunos casos, estos efectos están conectados con la imposición legislativa y judicial de modelos de familia que son muy difíciles de satisfacer (por ejemplo, el modelo de ‘buena madre’, el de proveedor único, o el basado en una rígida distinción entre el trabajo productivo y el reproductivo). En otros casos, dichos efectos se deben a la subestimación de las dificultades y necesidades específicas de las mujeres inmigrantes, en sus familias y en el más amplio contexto normativo y social del país de acogida.

Para revelar y corregir eficazmente estos efectos de discriminación indirecta, en este artículo propongo una visión alternativa del derecho a la vida familiar de la mujer inmigrante, como conjunto de derechos y titularidades más que como derecho mono-dimensional. Como enfoque teórico, esta construcción permite poner de manifiesto, de manera eficaz, las complejas experiencias de las mujeres inmigrantes en el espacio jurídico europeo. También posibilita desvelar los efectos de género que no se derivan de normas individuales, sino que son producto de la interacción de normas tradicionalmente atribuidas a diferentes ámbitos del derecho (como por ejemplo el derecho migratorio y el derecho penal). Como estrategia judicial, esta visión posibilita que los tribunales supranacionales y nacionales se aproximen a las mujeres inmigrantes como sujetos en contexto, y no sólo como personas aisladas. Esta interpretación judicial, atenta al contexto familiar, social, y normativo en el que viven las mujeres inmigrantes, se puede definir como interpretación contextualizada. Ella tiene un gran potencial para neutralizar los efectos de género de carácter negativo derivados de ciertas normas que regulan la

---

<sup>1</sup> Una precedente versión de este artículo fue presentada al convenio “Migration as a FamilyMatter: Perspectives from inside and outside of the Law”, que se realizó en Vrije University Amsterdam el 30 y 31 de Marzo 2015. La autora agradece a la Doctora Alba Ruibal su amigable disposición en revisar su traducción en Español.

inmigración por razones familiares. Para ilustrar estos extremos, este artículo analiza distintos ejemplos judiciales significativos ofrecidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) y por las jurisdicciones nacionales de países con una incidencia particularmente alta de mujeres inmigrantes (Italia y España).

**Palabras clave:** mujeres inmigrantes, derecho de la inmigración, derechos humanos, interpretación judicial, discriminación por razones de sexo.

*The gendered effects of family migration law: contextual interpretation  
as a possible judicial remedy*

**ABSTRACT**

At all normative levels, family migration law can disproportionately and negatively affect immigrant women's rights in this field, producing gendered effects. In some cases, such effects are related to the normative and judicial imposition of unviable family-related models (e.g., the 'good mother' the one-breadwinner family, or a rigid distinction between productive and reproductive work). In other cases, they are due to family migration law's overlooking of the specific needs and difficulties of immigrant women, within their families and in the broader context of their host countries' social and normative framework.

To effectively expose and correct this gender bias, in this article I propose an alternative view of immigrant women's right to family life, as a cluster of rights and entitlements rather than as a mono-dimensional right. As a theoretical approach, this construction is better equipped to capture the complex experiences of immigrant women in the European legal space, and to shed light on the gendered effects generated not by individual norms but by the interaction of norms that are traditionally assigned to separated legal domains (e.g., immigration law and criminal law). As a judicial strategy, this understanding is capable of prompting a consideration by domestic and supranational courts of immigrant women not as isolated individuals, but as 'individuals in context'. I shall define this type of approach as 'contextual interpretation', understood as the consideration of immigrant women in the broader contexts of their families, their host societies and the normative frameworks applicable to them. Performed in a gender-sensitive manner, a contextual judicial interpretation has the potential to neutralize the gendered effects of certain family migration norms. To illustrate these points, I will discuss selected judicial examples offered by the European Court on Human Rights, as well as from domestic jurisdictions of countries with a particularly high incidence of immigrant women (Italy and Spain).

**Keywords:** Immigrant women, immigration law, human rights, legal interpretation, sex discrimination.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo parte de la observación de que algunas normas jurídicas, a nivel Europeo y a nivel nacional, generan efectos desproporcionados y negativos sobre las mujeres inmigrantes, obstaculizando el disfrute de derechos que se les reconoce formalmente, en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los varones inmigrantes y a las mujeres autóctonas o que cuentan con la ciudadanía. En

consecuencia, cabe considerar dichas normas como indirectamente discriminatorias. Las causas de esta situación son diversas. En algunos casos, se derivan de una imposición normativa y judicial de modelos de familias insostenibles (como por ejemplo los de la “buena madre”, el proveedor único, o el de familia basada sobre una rígida distinción entre trabajo productivo y reproductivo). En otros casos, los efectos de género de algunas normas se deben a la subestimación por el legislador de las necesidades y dificultades específicas de las mujeres inmigrantes, en sus familias y en el más amplio contexto social y normativo del país de acogida.

Para revelar y corregir eficazmente estos perjuicios de género, este artículo discutirá ejemplos significativos de normas supranacionales y nacionales que afectan de manera desproporcionada y negativa a las mujeres inmigrantes en su disfrute de uno o más derechos en el ámbito de la familia. Se dedicará, además, una atención específica a los perjuicios de género implícitos en las imposiciones de modelos normativos profundamente sexuados a las ciudadanas de terceros Estados. Estos modelos, que no se suelen imponer a los ciudadanos, pero que se postulan como requisitos a satisfacer por las personas migrantes para acceder a derechos y titularidades en el Estado de acogida, resultan igualmente insostenibles. Las mujeres inmigrantes son presionadas en esta dirección para cumplir con modelos normativos que las encasillan como madres y esposas, si no quieren poner en peligro su derecho a la vida familiar.

Por ello, en algunos casos, las mujeres inmigrantes han acudido a los tribunales supranacionales y nacionales, con el fin de cuestionar la legitimidad de estas normas, y en consideración de sus circunstancias de vida concretas. En otros casos, estos tribunales han elaborado por su cuenta interpretaciones judiciales que afectan cotidianamente a las mujeres inmigrantes y a su derecho a la vida en familia, así como a sus roles familiares. Los aspectos de género de las normas examinadas, o sus efectos, apenas han sido discutidos y confrontados de manera explícita en estos contextos judiciales. Sin embargo, todos los casos presentados en este artículo se caracterizan por una clara dimensión de género, que afecta profundamente a las personas interesadas. En mi análisis, por lo tanto, aplicaré el enfoque del conjunto de derechos al examen de diversas interpretaciones judiciales significativas, relativas a normas que exhiben un sesgo de género y que se aplican a las mujeres inmigrantes, subrayando los méritos de una interpretación judicial contextualizada en este campo.

En este análisis, se propone una consideración alternativa del derecho a la vida familiar de la mujer inmigrante, como un conjunto de derechos, en lugar de un derecho mono-dimensional. Esta noción del derecho a la vida familiar incluye una amplia gama de derechos de primera importancia para las mujeres inmigrantes. Entre ellos, cabe citar el derecho a la igualdad en la pareja y en el matrimonio, el derecho a acceder a la reagrupación familiar y al disfrute de la unidad familiar en condiciones de igualdad, el derecho a no ser objeto de violencia doméstica, y el derecho a la protección durante el embarazo. Este artículo se centra, sobre todo, en el entrelazamiento del derecho a la igualdad en la pareja y del derecho a solicitar la reagrupación familiar y a disfrutar de la unidad familiar. Aunque el derecho a la unidad familiar no se interprete, de manera necesaria, como incluyente todos los aspectos citados, este artículo propone este tipo de construcción del derecho a la vida familiar por dos razones principales.

En primer lugar, esta construcción refleja de manera más precisa las complejas experiencias de las mujeres inmigrantes en el país de acogida, así como sus dificultades específicas en dicho país. Por esta razón, en el ámbito de la vida familiar es necesario incluir campos en los que las mujeres inmigrantes pueden verse afectadas, de manera desproporcionada y negativa, por normas aparentemente neutrales. En segundo lugar, este enfoque permite una mejor identificación de los efectos de género derivados de las normas aplicables a este grupo. Y ello no sólo sobre la base de una consideración aislada de cada aspecto legal, sino también a través del análisis de sus interconexiones. Una consideración de la vida familiar como ámbito multidimensional posibilita el análisis del modo en que interaccionan normas que habitualmente no se suelen conectar, porque pertenecen a diferentes áreas disciplinarias, como sucede, por ejemplo, con el derecho migratorio, el derecho del trabajo, el derecho penal, el derecho de la familia, etcétera. La interacción de estas normas puede producir, además, un impacto dispar sobre las vidas de las mujeres inmigrantes en relación con uno o más de los aspectos citados.

Por lo tanto, como marco teórico, esta construcción es más apropiada para capturar las complejas experiencias de discriminación de las mujeres inmigrantes en el espacio jurídico europeo, iluminando los efectos de género que no son causados por normas individuales, sino por la interacción de normas generalmente y tradicionalmente atribuidas a campos legales separados (como por ejemplo el derecho de la inmigración y el derecho penal). Como estrategia jurídica, esta construcción se basa en una consideración de las mujeres inmigrantes por los tribunales internacionales y nacionales no como individuos aislados, sino como sujetos contextualizados, o sea como sujetos inmersos en redes relacionales.

La consideración de las mujeres inmigrantes en el contexto de sus familias, de sus sociedades de acogida y de los marcos normativos que les son aplicables se puede identificar como “interpretación contextualizada”. Al incorporar la dimensión de género, una interpretación judicial contextualizada tiene la potencialidad de neutralizar los efectos de género de normas discriminatorias referidas a la familia en el ámbito del derecho de la inmigración. Para ilustrar estos puntos, este artículo analizará ejemplos judiciales significativos, teniendo en cuenta una determinada selección tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como de la de diversos tribunales nacionales de países que cuentan con una presencia particularmente significativa de mujeres inmigrantes (Italia y España). En particular, en el próximo apartado se analizan ejemplos significativos, a partir de fuentes supranacionales y nacionales, en conexión con dos modelos principales: el del proveedor único y el de la “buena madre”.

En el pasado, algunos juristas rechazaron los discursos apoyados en los derechos humanos precisamente debido al olvido o a la relegación de la situación de las personas y los grupos desfavorecidos. Estas críticas expresaban escepticismo sobre la efectividad del sistema supranacional y nacional de protección de derechos humanos y fundamentales en relación tanto a los inmigrantes como a las mujeres. Con a la primera categoría, se ha justamente observado que los derechos humanos no han realizado una superación del tradicional criterio de reconocimiento y asignación de derechos y

titularidades diferentes que es la ciudadanía, en favor de otros criterios post-nacionales como la personalidad o la humanidad (Bosniak, 2000: 447; Kesby, 2012; Rubio Marín, 2014; Soysal, 2012). Por otro lado, la teoría legal feminista ha criticado regularmente constantemente la incapacidad de los derechos humanos de reconocer y proteger realmente las necesidades y los problemas específicos de las mujeres (Rhode, 1990: 632). Algunas críticas, por ejemplo, se refieren a la marginalización de los derechos de las mujeres como subcategoría de derechos humanos (Otto, 2010), e incluso consideran a ciertos atributos de los derechos humanos como medidas de opresión y subordinación de las mujeres (Smart, 2002).

Sin embargo, la cuestión del significado de los derechos humanos y fundamentales para las mujeres inmigrantes no ha sido todavía enfrentada – excepto con relación a contextos nacionales y problemas específicos y determinados (Van Walsum, 2009: 295). Al hacerlo, este artículo intentará poner de manifiesto que diseñar estrategias de interpretación judicial sobre la base de los derechos humanos y los derechos fundamentales ofrece la posibilidad confrontar de manera eficaz los modelos normativos que afectan de modo desproporcionado y negativo a algunos grupos, como es el caso de las mujeres inmigrantes.

La necesidad de tener en cuenta las circunstancias individuales en su contexto más amplio no es, sin duda, una idea nueva. Investigadoras reconocidas, como Seyla Benhabib (Benhabib, 1992) y Jennifer Nedelsky (Nedelsky, 2001), nos han enseñado a situar a los sujetos en contextos sociales y de género, enfocando la construcción de la autonomía no sólo a partir de la independencia individual sino, básicamente, como una cuestión relacional, posibilitada por vínculos constructivos. Resta todavía por enfrentar el reto de la configuración de estrategias judiciales en el contexto de estos estudios. Este artículo constituye un esfuerzo por dar un paso adelante en esa dirección.

## **1. EL MODELO DE PROVEEDOR ÚNICO**

Las normas de la Unión Europea sobre reagrupación familiar (y, sobre todo, la Directiva 2003/86/EC<sup>2</sup>, se basan, en muchos casos, en una rígida distinción entre el trabajo productivo – reservado a los solicitantes de reagrupación familiar – y el trabajo reproductivo no remunerado – atribuido a otros miembros de la familia. En particular, el artículo 7 de la Directiva exige que los solicitantes tengan una “vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro (...), un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro (...) y recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate”. Además, el artículo 16(1)(a)

---

<sup>2</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003 Sobre El Derecho a la Reagrupación Familiar, D. O.L 251/12 de 3 Octubre 2003.

permite a los Estados miembros rechazar la renovación del permiso de residencia por reagrupación familiar si el solicitante no tiene recursos suficientes. Parece claro que estas normas no prevén la posibilidad de que los Estados miembros, a la hora de evaluar los recursos del solicitante, tengan en cuenta los recursos aportados por otros miembros de la familia que vivan junto a aquél, como tampoco contemplan que tal consideración sea obligatoria. Esto sugiere que la Directiva 2003/86 acepta y refuerza una consideración de la familia basada sobre un rígido modelo de proveedor único, según el cual los solicitantes tienen que ser capaces de mantener por sí mismos a todos los miembros de su familia, al menos si quieren acceder a la reagrupación familiar. Un análisis contextualizado revela que estas normas afectan de manera negativa y desproporcionada a las mujeres inmigrantes, y ello de dos maneras principales.

En primer lugar, debido al hecho de que, pese al aumento de la composición femenina de los flujos migratorios por razones de trabajo, la migración por razones familiares está dominada aún por las mujeres<sup>3</sup>. Por lo tanto, la falta de consideración normativa del hecho de que los miembros de la familia puedan contribuir económicamente a su mantenimiento coloca a las mujeres inmigrantes en el papel de seguidoras pasivas de sus maridos, y las confina a su trabajo reproductivo. El amplio margen de discrecionalidad que la Directiva 2003/86 concede a los Estados miembros, por lo que hace al acceso al mercado de trabajo nacional de los miembros de la familia, permitiéndoles denegar el acceso a dicho mercado durante el primer año de residencia<sup>4</sup>, ratifica esta consideración.

En segundo lugar, el modelo de proveedor único discrimina también, de manera indirecta a las mujeres inmigrantes que soliciten la reagrupación familiar. Estas mujeres reciben sueldos más bajos que sus pares varones y que el resto de las mujeres que disponen de la ciudadanía (Kofman, Roosblad, Keuzenkamp, 2009: 56 ss.)<sup>5</sup>. Además, como sucede también en el caso de estas últimas, las mujeres inmigrantes se dedican al trabajo reproductivo no remunerado en el hogar familiar en una proporción muy superior a los hombres. En consecuencia, el acceso de las mujeres inmigrantes a la reagrupación familiar se ve afectada de manera negativa por normas que no contemplan la posibilidad de tener en cuenta los ingresos de otros miembros de la familia – una posibilidad que, de hecho, es reconocida como derecho por la Directiva 2004/38/CE en lo que hace a los ciudadanos de la Unión Europea que quieran solicitar la reagrupación familiar con miembros de su familia que sean ciudadanos de terceros países<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Eurostat, *First permits by reason, age, sex and citizenship*, disponible en <http://ec.europa.eu/eurostat/data/database> [última consulta 17 Febrero 2015].

<sup>4</sup> Artículo 14(2) de la Directiva 2003/86,

<sup>5</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, *Migrants, Minorities and Employment: Exclusion and Discrimination in the 27 Member States of the European Union, Update 2003-2008*, Publication Office of the European Union, 2010, p. 74..

<sup>6</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE)

Es interesante observar que en las normativas italiana y española sobre reagrupación familiar no se encuentra el modelo de proveedor único. En Italia, por ejemplo, el artículo 29(3) del llamado Testo Unico Immigrazione<sup>7</sup>, establece la obligación de determinar el ingreso del solicitante considerando también las aportaciones anuales totales de otros miembros de la familia que vivan junto al solicitante. De la misma manera, en España el contenido del artículo 18 de la Ley Orgánica 4/20008 fue reformado en 2009<sup>9</sup> y en 2011<sup>10</sup> para incluir también el ingreso del esposo o la esposa del solicitante, así como los de los otros miembros de la familia que convivan con el solicitante.

Con base en estas consideraciones, cabe preguntarse si los efectos discriminatorios del régimen de migración familiar basado tanto en el modelo de proveedor único como en una rígida división entre el trabajo productivo (valorizado, masculino) y el trabajo reproductivo (desvalorizado, femenino), podrían ser corregidos a través de una interpretación judicial que se basase en los derechos humanos y fundamentales. La respuesta a esta pregunta no es unívoca, porque la interpretación judicial puede tener muchas formas diferentes – y no todas son igualmente capaces de revelar los efectos de género de ciertas normas y su carácter indirectamente discriminatorio. En este campo, la comparación de distintos ejemplos judiciales, procedentes de los ordenamientos internos italiano y español, y de la sentencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pone de manifiesto la relevancia de un tipo de interpretación judicial atento al contexto.

Por lo que concierne el caso italiano, antes de la adopción del Testo Unico, se presentó ante el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> el caso de una mujer brasileña que había solicitado un permiso de residencia por reagrupación familiar para su hijo, y cuyo recurso había sido rechazado porque “siendo ella ama de casa, no desarrollaba una actividad laboral”<sup>12</sup>. Las normas aplicables en aquel tiempo reconocían el derecho a la reagrupación familiar de “trabajadores ciudadanos de Estados terceros”. Es interesante observar que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto entonces que la correcta interpretación de esta norma tenía necesariamente que ir más allá de su redacción

---

nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, D.O. L 158 de 30 Abril 2004.

<sup>7</sup> Decreto Legislativo no. 286 of 25 Julio 1998, or *Testo Unico delle Disposizioni Concernenti la Disciplina dell'Immigrazione e Norme sulla Condizione dello Straniero*, G.U. n. 191 del 18 Agosto 1998.

<sup>8</sup> *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, BOE n. 10 del 12 Enero 2000.

<sup>9</sup> *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma 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. 299 de 12 Diciembre 2009.

<sup>10</sup> *Real Decreto 577/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009*, BOE n. 103 de 30 Abril 2011

<sup>11</sup> *Corte Costituzionale, sentenza* n. 28 de 12 Enero 1995.

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 1 de las Bases Factuales [traducción de la autora].

literal, reconociendo el derecho a la reagrupación familiar también a las “amas de casa”. Aún más significativamente, el Tribunal legó a esta conclusión apoyándose no sólo en los artículos 29 y 30 de la Constitución, sino también en el artículo 35, que establece la obligación del Estado de “proteger el trabajo en todas sus formas y prácticas”. Según el Tribunal, el artículo 35 se aplica también al trabajo reproductivo en el hogar familiar en cuanto “tipo de actividad laboral que ha sido ya reconocida en su valor social y económico, incluso por sus innegables efectos beneficiosos para toda la comunidad, y, al mismo tiempo, para las cargas y responsabilidades que derivan de ella, y que actualmente aún pesan sobre las mujeres (también a causa de la difusión del fenómeno del paro)”<sup>13</sup>.

Por lo tanto, la solicitante tenía que ser considerada como trabajadora, en lo que hace a la petición de reagrupación familiar de su hijo. El éxito de este caso es identificable con la interpretación contextualizada del Tribunal Constitucional italiano, que permitió considerar la actividad de “ama de casa” en el contexto más amplio de la sociedad italiana y de su familia. Esta interpretación recalcó el valor del trabajo reproductivo no remunerado, y fundamentó su equiparación con el trabajo productivo, mediante el reconocimiento de la obligación del Estado de protegerlo y de la posibilidad de solicitar reagrupación familiar.

Cabe observar efectos similares positivos de la interpretación judicial contextualizada en un ejemplo judicial español<sup>14</sup> referido al rechazo de la solicitud de una madre colombiana relativa a la reagrupación familiar con su hijo. Como el recurso se presentó antes de la reforma del artículo 18 de la Ley Orgánica en 2011, su rechazo se justificó apoyándose en el hecho de que la madre no cumplía con los requisitos económicos<sup>15</sup>. El hecho de que los hijos mayores de la recurrente contribuyeran a las finanzas familiares con sus sueldos fue considerado irrelevante por las autoridades españolas y por el Tribunal administrativo de primera instancia. La madre recurrente propuso que el Tribunal Superior de Justicia considerara su recurso en contexto, cuestionando la construcción judicial de la familia como una suma fragmentada de personas individualmente consideradas, más que como una entidad única y orgánica a cuyo sustento y funcionamiento contribuían todos sus miembros. Esta construcción se fundamentaba en el principio constitucional de la protección de la familia, consagrado por el artículo 39 de la Constitución española.

Es significativo que esta argumentación dio lugar a una sentencia del Tribunal que constituye otro ejemplo del potencial de las interpretaciones judiciales contextualizadas, basadas en derechos fundamentales. Dichas interpretaciones pueden corregir los efectos indirectamente discriminatorios de los marcos normativos

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 4 de las Bases Factuales [traducción de la autora].

<sup>14</sup> *Tribunal Superior de Justicia de Castilla Y Leon, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1a)*, sentencia n. 378 del 20 Julio 2012

<sup>15</sup> Al momento del rechazo de la solicitud, en efecto, R.D. 557/2011 no había introducido una explícita posibilidad de tener en cuenta el salario de otros miembros de la familia para cumplir con los requisitos económicos para acceder a la reagrupación familiar, y el artículo 18 solo se refería al sueldo del cónyuge.



nacionales relativos a la reagrupación familiar. De hecho, el Tribunal consideró a la familia de la recurrente como “plenamente organizada y estructurada”<sup>16</sup>, procurando la reagrupación con su hijo para gozar de unidad familiar en España. Esta consideración judicial de la familia, menos focalizada sobre un modelo de proveedor único, se fundamentó en el derecho fundamental a la protección de la familia. Esta interpretación permitió a la recurrente – madre de cuatro hijos, con tres trabajos como empleada de hogar y con un sueldo total de 1,300 Euros al mes– apoyarse en la contribución económica de sus hijos adultos, además de la de su marido, en lugar de tener que demostrar que ella podía sustentar a toda su familia por sí misma. En definitiva, la interpretación contextualizada del Tribunal reveló y corrigió los efectos indirectamente discriminatorios de la imposición normativa de un modelo de proveedor único sobre las mujeres inmigrantes.

El TEDH ha reaccionado de manera muy diferente ante una situación similar a la de la recurrente en el caso italiano. En el caso *Haydarie c. Países Bajos*<sup>17</sup>, una mujer Afgana residente en los Países Bajos impugnó la decisión de las autoridades del país de acogida de rechazar su solicitud de reagrupación familiar con sus hijos por no cumplir con los requisitos de ingreso impuestos por el derecho holandés en esta materia. La señora Haydarie argumentó que el rechazo constituía una violación de su derecho a la vida familiar, reconocido por el artículo 8 de la Convención. Este régimen permitía excepciones a los requisitos fijados, pero sólo en el caso de que la persona solicitante pudiera demostrar que había intentado seriamente encontrar trabajo a lo largo de tres años. La Sra. Haydarie, por otro lado, se dedicaba a cuidar a su hermana inválida, subsistía gracias a las prestaciones asistenciales, y no había encontrado trabajo, ni tampoco lo había buscado. El TEDH, en consecuencia, desestimó el recurso. En particular, el Tribunal afirmó que la Sra. Haydarie no había “buscado trabajo activamente”<sup>18</sup> y que “prefería cuidar a su hermana, confinada en una silla de ruedas, en casa”<sup>19</sup>. Además, el Tribunal afirmó que no se había demostrado que “hubiera sido imposible para [la recurrente] contactar una agencia especializada en el cuidado de personas discapacitadas y encargarla del cuidado de su hermana”<sup>20</sup>. Apoyándose en estos fundamentos, el Tribunal concluyó que el interés de la Sra. Haydarie de disfrutar de una vida familiar con su hijo en los Países Bajos no podía prevalecer sobre el interés del Estado de “controlar la inmigración y el gasto público”<sup>21</sup>.

Sin embargo, un examen más detenido de esta decisión revela que la Señora Haydarie había puesto de manifiesto que su dedicación al trabajo de cuidado había sido la causa de su falta de participación en el mercado del trabajo. En particular, afirmó que “tenía que cuidar a su hermana, confinada en una silla de ruedas, que rechazaba la

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, párrafo sexto de los Fundamentos de Derecho.

<sup>17</sup> *Haydarie v. the Netherlands* (Sección Tercera), recurso n.8876/04, decisión del 20 Octubre 2005 (inadmisible).

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.*

ayuda de los desconocidos, y que no quería dejar a su hermana sola en casa por miedo a que pudiera provocar un incendio”<sup>22</sup>. Es importante enfatizar que la falta de consideración de estas circunstancias, tanto por los tribunales nacionales como por el TEDH, impidió que se evaluara correctamente el impacto de las normas, aparentemente neutrales, del derecho holandés sobre la reagrupación familiar.

Los casos analizados ejemplifican cómo las normas sobre migración por razones familiares que se atienen al modelo de proveedor único discriminan a las mujeres inmigrantes de manera indirecta - porque esta categoría recibe sueldos desproporcionadamente más bajos y se dedica de manera desproporcionada al trabajo reproductivo y de cuidado en sus familias en comparación con los inmigrantes varones. Lo que es más importante, estos casos ponen también de manifiesto cómo las interpretaciones judiciales atentas al contexto, referidas a derechos fundamentales, pueden revelar y corregir estos efectos perversos. En las sentencias italiana y española, por ejemplo, se observa que los tribunales competentes se basaron en los derechos a la vida familiar reconocidos constitucionalmente, así como en el derecho constitucional a la protección del trabajo. También se llevó a cabo una evaluación de la compleja situación de las mujeres inmigrantes protagonistas de los casos a examen, en el contexto de sus familias y de la sociedad de acogida. Así, fueron capaces de realizar un equilibrio más equitativo de los intereses en juego, considerando no sólo el interés del Estado por controlar los flujos migratorios sino también el deseo de estas mujeres de conseguir la reagrupación familiar y, en consecuencia, de poder vivir con sus hijos.

## **2. LA BUENA MADRE**

Un segundo modelo recurrente, presente de manera explícita o implícita, en las normas relativas a la migración por razones familiares es el de la “buena madre”. Una característica repetida de estas normas es la incorporación de requisitos, más o menos estrictos, orientados a evaluar la existencia de una relación familiar entre la persona inmigrante residente en el país de acogida y el miembro de su familia al que se entrega un permiso para la reagrupación familiar. En la mayoría de los casos, las normas en materia de reagrupación requieren simplemente de la existencia de parentesco hasta un cierto grado. Sin embargo, los regímenes jurídicos más restrictivos imponen requisitos adicionales con respecto a la calidad o intensidad de este parentesco. En este caso, estos requisitos pueden suponer – más o menos explícitamente – expectativas de género relativas a la relación entre los hijos, por un lado, y los padres y las madres, por el otro. Estas expectativas implican una vigilancia normativa acerca de la implicación de las madres en la vida de sus hijos, además de un control de su historia personal, afectiva y sexual.

La jurisprudencia del TEDH sobre el acceso de las madres transnacionales a la reagrupación familiar ofrece un importante ejemplo de interacción judicial entre este tipo de normas, indirectamente discriminatorias en materia de inmigración familiar, y

---

<sup>22</sup> *Id.*

los derechos humanos. Esta jurisprudencia concierne a normas aparentemente neutrales del régimen holandés de reunificación familiar, que fue implementado en mi opinión de una manera profundamente discriminatoria. En particular, los casos en cuestión se originaron por la exclusión de algunos padres inmigrantes de la posibilidad de obtener la reagrupación familiar con sus hijos, sobre la base de la Ley de Extranjería holandesa del 1994 (Vreemdelingenwet 1994). El capítulo B1 de las Normas Generales sobre la Implementación de la Ley (Vreemdelingen-circulaire 1994), sólo permite el ingreso para reagrupación familiar a los niños “que realmente pertenecen al núcleo familiar” (feitelijk behorend tot het gezin).

A través del establecimiento de este criterio, esto es, la pertenencia efectiva al núcleo familiar, el derecho de inmigración holandés animaba a las autoridades encargadas de su implementación a controlar la implicación real de los padres en el cuidado y la vida de sus hijos, en el pasado y al momento del recurso (Van Walsum, 2009: 299).

En esta dirección, resulta muy interesante observar que el propio TEDH – al que recurrieron muchos padres y madres inmigrantes cuyas solicitudes de reagrupación familiar con sus hijos habían sido rechazadas – terminó por aceptar modelos profundamente prejuiciados de “buena madre”, pero no de “buen padre”. En particular, un número significativo de padres y madres transnacionales (o sea, de padres y madres inmigrantes cuyos hijos se habían quedado en los respectivos Países de origen) recurrieron al Tribunal tras la denegación de reagrupación familiar con sus hijos por parte las autoridades holandesas, basada en la supuesta ruptura de sus lazos familiares, aduciendo una violación del artículo 8 de la Convención. Un análisis comparativo entra las decisiones del Tribunal sobre padres solteros<sup>23</sup>, por un lado, y madres solteras<sup>24</sup>, por el otro, revela claros contenidos de género en el razonamiento de Tribunal, pese a las similitudes de las situaciones de todos los recurrentes y las decisiones de inadmisibilidad en los dos casos. En particular, tres aspectos principales de las decisiones del Tribunal en este campo apoyan esta valoración: la evaluación del Tribunal de la decisión de padres y madres solteros de emigrar dejando sus hijos en el país de origen, la necesidad de cuidado de los hijos, y las opciones reales de los padres y madres de volver a su país de origen para gozar de una vida familiar con sus hijos allí, en lugar de en el país de acogida.

En cada una de estas valoraciones, el Tribunal presentó una perspectiva cargada

---

<sup>23</sup>*Ahmut c. Países Bajos*, recurso n. 21702/93, decisión de 28 Noviembre 1996 (inadmisible); *Mensah c. Países Bajos*, recurso n. 47042/99, decisión de 9 Octubre 2001 (inadmisible); *Lahnifi c. Países Bajos*, recurso n. 39329/98, decisión de 13 Febrero 2001 (inadmisible); *Adnane c. Países Bajos* recurso n. 50568/99, decisión de 6 Noviembre 2001 (inadmisible).

<sup>24</sup>*Knel y Veira c. Países Bajos*, recurso n. 39003/97, decisión de 5 Septiembre 2000 (inadmisible); *P.R. c. Países Bajos*, recurso n. 39391/98, decisión de 7 Noviembre 2000 (inadmisible); *I.M. c. Países Bajos*, recurso n. 41226/98, decisión de 25 Marzo 2003 (inadmisible); *Chandra et al. c. Países Bajos*, recurso n. 53102/99, decisión de 13 Mayo 2003 (inadmisible); *Ramos Andrade c. Países Bajos*, recurso n. 53675/00, decisión de 6 Julio 2004; *Benamar et al. c. Países Bajos*, recurso n. 43786/04, decisión de 5 Abril 2005 (inadmisible).

de prejuicios de género con relación a las responsabilidades de padres y madres. Si, por un lado, las argumentaciones del Tribunal respecto de la decisión de los padres solteros de dejar a sus hijos en su país de origen se apoyaban en afirmaciones bastante neutrales, las relativas a las decisiones de las madres en el mismo sentido resultaban mucho más detalladas. Estas últimas argumentaciones se concentraban, sobre todo, en la vinculación de la migración con la existencia de una nueva pareja en los Países Bajos, en la eventual falta de voluntad de esta pareja de vivir con los hijos de la recurrente como razón de la posposición de la reagrupación, y en la edad de los hijos en el momento de la emigración de la madre. Todos estos aspectos, aunque estuvieran igualmente presentes en los casos de los padres solteros, se recalcan sólo con respecto a las madres solteras.

En segundo lugar, la necesidad de cuidado de los hijos se evaluó en términos muy diferentes por el Tribunal según el sexo de los progenitores solteros recurrentes. Así, el Tribunal utilizó este aspecto como justificación para la inadmisibilidad de las solicitudes sólo en los casos en los que estaban implicadas las madres solteras. En relación con estos casos, el Tribunal sostuvo que, cuando las autoridades nacionales adoptaron la decisión final sobre las solicitudes por reagrupación familiar, los niños habían llegado a una edad en la que “no necesitaban tantos cuidados como cuando eran pequeños”, ignorando completamente este aspecto en el caso de los padres solteros.

En tercer lugar, las valoraciones por parte del Tribunal de las opciones que les quedaban a los padres y a las madres recurrentes después del rechazo de sus respectivas solicitudes de reagrupación familiar fueron también muy diferentes dependiendo del sexo de estos. Más precisamente, sólo en dos casos relativos a padres solteros<sup>25</sup> el Tribunal consideró que no era pertinente obligar a estas personas a elegir entre disfrutar de la vida familiar con los hijos y mantener su residencia en el país de acogida.

Todo lo expuesto pone de manifiesto que el propio TEDH refuerza un modelo de familia abstracto, basado en una visión de la maternidad ideal atravesada por prejuicios de género, que no se emplea cuando los solicitantes son padres inmigrantes. Al hacer eso, el TEDH realizó en la jurisprudencia considerada el riesgo de implementación discriminatoria fuertemente presente en la normativa nacional holandés. En efecto, en la sociedad holandesa de la época el hecho de ser madre soltera se aceptaba, en buena medida, como indicativo de emancipación en el caso de las mujeres autóctonas o que disponían de la ciudadanía, mientras que esta misma circunstancia era considerada como indicio de inmoralidad e irresponsabilidad en el caso de las mujeres inmigrantes<sup>26</sup>. Por lo tanto, el modelo abstracto de padre/madre ideal impuesto implícitamente por estas normas parecía tener graves implicaciones de género ya antes de las decisiones del TEDH sobre este asunto.

---

<sup>25</sup>*Lahnifi*, cit. y *Adnane*. Esta afirmación es también observable en la siguiente decisión de la Corte concerniente el acceso de un padre soltero inmigrante a la reunificación familiar, o sea *Magoke c. Suecia*, recurso n. 12611/03, decisión de 14 Junio 2005 (inadmisible).

<sup>26</sup>*Ibid.*, pp. 299 – 300.

En el caso de las mujeres migrantes, el TEDH recurrió a un modelo basado en la proximidad física (negando la posibilidad de dejar a los hijos pequeños en el país de origen), de devoción afectiva absoluta (con el consecuente reproche de las eventuales relaciones con nuevas parejas en el país de acogida), y de completa abnegación (por lo que sólo se estima pertinente imponer a un progenitor inmigrante que eligiera entre renunciar definitivamente a vivir con sus hijos, de un lado, o a su vida en el país de acogida, de otro, en el caso de los madres inmigrantes, y no en el de los padres).

La adopción de este modelo abstracto de “buena madre”, y no de “buen padre”, es significativa en sí misma porque mina la capacidad del Tribunal de establecer reglas generales para la acción de los Estados miembros de la Convención de manera que eviten una implementación discriminatoria de regímenes normativos de reagrupación familiar. Además, la adopción de este modelo por parte del Tribunal crea un doble estándar nivel europeo con respecto al acceso de madres y padres inmigrantes a la reagrupación familiar con sus hijos, que es desventajoso para las primeras.

Este caso pone en duda también la capacidad de las interpretaciones judiciales basadas en el contexto para orientar la evaluación judicial en una dirección atenta a la cuestión de género. En el caso de la imposición normativa del modelo de proveedor único, he mostrado que este enfoque tiene méritos indiscutibles, corrigiendo efectos de discriminación indirecta conectados con la ignorancia normativa de las dificultades específicas de las mujeres inmigrantes. Por otro lado, este tipo de modelos discriminatorios según el género no forman parte, de manera inevitable, de las normas. Más bien sucede que se imponen en la implementación judicial de estas normas. Además, este tipo de aplicación de las normas cargada de prejuicios de género fue desarrollado por un Tribunal supranacional competente en materia de derechos humanos. En este contexto, no tendría sentido argumentar que la evaluación del TEDH habría sido diferente si se hubiera adoptado un enfoque basado en el contexto, porque el problema fue el tipo de interpretación del Tribunal, como fuente de discriminación indirecta contra las mujeres inmigrantes. Por lo tanto, el análisis contextual muestra su potencial no tanto como enfoque judicial sino como metodología analítica. Al situar las decisiones judiciales sobre las madres transnacionales solteras en el contexto más amplio de la jurisprudencia del Tribunal sobre padres y madres transnacionales es cuando se evidencia con claridad el prejuicio de género implícito en el razonamiento jurídico. También se pone de manifiesto esta circunstancia cuando se comparan las decisiones en este terreno con respecto a las madres y a los padres transnacionales solteros. Esta constatación, a su vez, aumenta la conciencia sobre los efectos, probablemente inesperados e involuntarios, pero definitivamente perversos, de la imposición de un requisito adicional para las mujeres inmigrantes que solicitan una reagrupación familiar con sus hijos, como, es el caso, por ejemplo, de la necesidad de cumplir con el modelo examinado de “buena madre”.

## **CONCLUSIONES**

Los ejemplos judiciales analizados en este artículo sugieren que la interpretación judicial contextualizada, en tanto que herramienta analítica y como enfoque judicial,

tiene el mérito de corregir los efectos perversos de discriminación indirecta derivados de ciertas normas aplicables a las mujeres inmigrantes en el espacio jurídico europeo. Considerar a las mujeres inmigrantes como sujetos en contexto, tanto desde el punto de vista fáctico como legal, permite poner en evidencia sus dificultades y desventajas específicas, revelando, al mismo tiempo, el impacto dispar de modelos normativos y judiciales como los que se basan en el proveedor único y en la “buena madre”.

Los ámbitos judiciales examinados resultan excelentes lugares de contestación de las implicaciones de género del derecho. El caso de las mujeres inmigrantes es un ejemplo significativo del potencial de la jurisprudencia en materia de derechos humanos y fundamentales en este contexto. Merece, en consecuencia, por ello, ser objeto de ulteriores reflexiones sobre la fuerza y los puntos débiles de la interpretación judicial basada en el contexto, así como de otros enfoques judiciales en este campo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENHABIB, SEYLA (1992): *Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Psychology Press
- BOSNIAK, LINDA (2000): Citizenship Denationalised. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 7. 2.
- KESBY, ALISON (2012): *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KOFMAN, ELEONORE, ROOSBLAD, JUDITH & KEUZENKAMP, SASKIA (2009), Migrant and Minority Women, Inequalities and Discrimination in the Labour Market, En Kraal, Karen, Roosblad, Judith, and Wrench, John, *Equal Opportunities and Ethnic Inequalities in European Labour Markets: Discrimination, Gender and Politics of Diversity*, IMISCOE Reports, p. 56 ss., Amsterdam: Amsterdam University Press.
- NEDELSKY, JENNIFER (2001): Judgment, Diversity, and Relational Autonomy. En Beiner, Ronald, Nedelsky, Jennifer (eds.), *Judgment, Imagination, and Politics: Themes from Kant and Arendt*. Boston: Rowman&Littlefield Publishers.
- OTTO, DIANE (2010): Women’s Rights. En Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta, Sivakumaran, Sandesh (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press.
- RHODE, DEBORAH (1990): *Feminist Legal Theories*. Stanford Law Review, vol 42: 617.
- RUBIO MARIN, RUTH (2014): Integration in Immigrant Europe: Human Rights at a Crossroads. En Rubio Marin, R. (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford: Oxford University Press
- SMART, C. (2002): *Feminism and the Power of Law*. London and New York: Routledge

- SOYSAL, YASEMIN (2012): Citizenship, Immigration, and the European Social Project: Rights and Obligations of Individuality. *The British Journal of Sociology*, 63, 1, 1-21.
- VAN WALSUM, SARAH, (2009): Against All Odds: How Single and Divorced Migrant Mothers were Eventually able to Claim their Right to Respect for Family Life?. *European Journal of Migration and Law*, 11: 295.