

**DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN EL CONTEXTO
DE LAS MIGRACIONES/
*ANTIDISCRIMINATORY LAW IN THE CONTEXT
OF MIGRATIONS***

**MIGRACIONES Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN
DE GÉNERO: LAS DISTINTAS VIOLENCIAS CONTRA
LAS MUJERES Y NIÑAS EN LAS NORMATIVAS
DE EXTRANJERÍA Y DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

***MIGRATION AND GENDER-BASED DISCRIMINATION:
THE DIFFERENT VIOLENCES AGAINST WOMEN
AND GIRLS FROM THE PERSPECTIVE OF THE RULES
ON THE STATUS OF FOREIGNERS AND INTERNATIONAL
PROTECTION***

Carmen RUIZ SUTIL*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. MIGRACIONES VOLUNTARIAS DE MUJERES Y NIÑAS EXTRANJERAS Y LAS MÚLTIPLES VIOLENCIAS DE GÉNERO.—3. MIGRACIONES FORZOSAS DE MUJERES Y NIÑAS PERSEGUIDAS.—4. REFLEXIONES FINALES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Granada (ruizsuti@ugr.es). Este estudio se realiza en el marco del proyecto de I+D+i «Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*», PID2019-108526rb-i00/aei/10.13039/501100011033 y del Programa Operativo Feder-Andalucía 2014-2020, B-SEJ-101-UGR18, 30BH04F301: PROMENAJ.EXT: «Herramientas de Derecho internacional privado para la protección de los niños y niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones transfronterizas: identificación de problemas y propuesta de solución desde la perspectiva de género». Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 7 de mayo de 2021.

1. PLANTEAMIENTO

La arquitectura internacional de los derechos humanos de las mujeres, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹, apela a atajar las vulnerabilidades específicas de dicho colectivo para revelar brechas, desigualdades y, sobre todo, protegerlo de las violencias de género. Dicha expresión hace alusión a una de las violencias más crueles derivadas de la disparidad entre hombre y mujer, presentando formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes en diversos ámbitos, privado o público, incluidos entornos tecnológicos y que trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo². Estas dinámicas de violencia se acentúan en la población migrante femenina, donde concurren discriminaciones múltiples que se interseccionan³ y factores diferenciales, como el impacto de una situación administrativa de irregularidad, de la limitación geográfica de actividad laboral o del temor a una posible expulsión. Ello ocasiona que las extranjeras queden más afectadas y expuestas a todas las variantes de la violencia machista⁴.

Este trabajo se dedica al análisis de las situaciones administrativas de las migrantes que han sufrido las diversas formas de la violencia contra la mujer establecidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵ (LOE) o, en su caso, en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁶ (Ley de Asilo).

En España, el despliegue de las políticas migratorias ha ido en paralelo al desarrollo de las de igualdad de género, aunque las legislaciones de extranjería y de asilo han sido prácticamente neutras al género. Por esta razón, en las siguientes páginas se insistirá en la incorporación a las normativas objeto de estudio del *gender mainstreaming*, herramienta analítica expuesta en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing⁷, además de verificar

¹ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

² Definición extraída de la Recomendación general núm. 35 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017).

³ EXPÓSITO MOLINA, C., «¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España», *Investigaciones Feministas*, vol. 3, 2012, pp. 203-222, esp. p. 220.

⁴ VVAA, *Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género*. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 15 de abril de 2019, en Asamblea General de NNUU (A/HRC/41/38).

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁷ GIL RUIZ, J. M.^a, *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/actividad_del_observatorio.

los principales instrumentos internacionales que afrontan el grave problema de la violencia de género en todas sus variaciones, como es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul). Justamente, el Capítulo VII de dicho texto internacional se dedica a la residencia y al derecho de asilo de las víctimas migrantes que han sufrido la violencia de género⁸, normativa jurídicamente vinculante para España como Estado signatario del mismo⁹.

Dadas las características de esta sección y la enorme complejidad de la violencia de género, no será posible emprender el estudio de la cuestión con la amplitud deseada. Por esta razón, nos ceñiremos a aquellos aspectos más controvertidos que nos permitan reflexionar sobre los desafíos de las violencias de género y su reflejo en la legislación concerniente al contexto de las migraciones actuales.

2. MIGRACIONES VOLUNTARIAS DE MUJERES Y NIÑAS EXTRANJERAS Y LAS MÚLTIPLES VIOLENCIAS DE GÉNERO

El Convenio de Estambul se convirtió en un hito y viene obligando a los Estados a combatir todas las variantes de esta violencia estructural. A pesar de que España ha sido un país pionero en la persecución y eliminación de cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer, nuestro Derecho de extranjería no ha atendido aún al concepto holístico de la violencia de género¹⁰. Los esfuerzos del legislador estatal, hasta el momento, se han dirigido primordialmente a la violencia contra la mujer ejercida en el ámbito de la pareja o expareja, conforme a las exigencias de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹¹. Por esta razón, el art. 19.2 LOE aboga por una autorización independiente de residencia y trabajo para la mujer reagrupada cuando fuera víctima de violencia de género y el art. 31 bis LOE regula una autorización específica por circunstancias excepcionales para la extranjera en situación irregular que sufre malos tratos, soluciones acordes al mandato del art. 59 del Convenio de Estambul. No obstante, el informe Grevio de 2019 anima a las autoridades españolas a que revisen los altos umbrales de suficiencia pro-

⁸ Sobre el tema, véase PAROLARI, P., «Violencia contra la mujer, migración y multiculturalidad en Europa», *Derecho PUCP*, 2019, núm. 83, pp. 357-386; PERAMATO MARTÍN, T., «Mujeres migrantes y violencia de género», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 24 de julio de 2018, núm. 2, en *El Derecho.com* (EDC 2018/516893).

⁹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, *BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹⁰ Situación que ha sido constatada en la Observación 21.ª del CEDAW, tal y como denuncia el informe Sombra España CEDAW de 2019, en <https://cedawsombraesp.files.wordpress.com/2019/05/190513-informe-cedaw-sombra.pdf>.

¹¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

batoria para la concesión de una autorización de residencia temporal para todas las categorías de mujeres migrantes en España (ciudadanas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, ciudadanas de terceros países y mujeres migrantes en situación irregular), y flexibilizar la exigencia de una condena penal del agresor¹².

En 2017, el Pacto de Estado declaraba que, más allá de las que ocurren en el ámbito de la pareja o expareja, también son formas de violencia contra las mujeres la física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina; el matrimonio forzado; el acoso sexual y el acoso por razones de género; el aborto forzado y la esterilización forzada. En nuestro país, han repuntado estas otras formas de violencia de género al compás de los cambios producidos por la globalización¹³, aunque no todas ellas son identificadas en una categoría jurídica específica por la normativa de extranjería. En consecuencia, las víctimas de matrimonios forzados¹⁴, por ejemplo, que se encuentren en una situación de irregularidad, se les puede conceder una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias (art. 126 del Reglamento de la LOE), previsión legal menos privilegiada. En la medida que supone restar atención a estas violencias estructurales, sería conveniente que la legislación de extranjería se encargara de incorporarlas y ofreciera soluciones acordes al art. 59 del Convenio de Estambul.

En este momento, se está tramitando la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual para proteger a las personas víctimas de todas las violencias sexuales¹⁵, normativa que reconoce que afectan a las mujeres de manera desproporcionada. En el ámbito de aplicación de este Anteproyecto se incorporan: la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acecho con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual, dando cumplimiento a las demandas internacionales que España ha firmado en el marco de la lucha contra la violencia de género. Particularmente, la DF 7.^a del Anteproyecto de Ley integral recoge un nuevo art. 31 ter LOE, precepto que va a garantizar a la extranjera víctima de la violencia sexual en situación irregular una autorización por circunstancias excepcionales de residencia temporal y trabajo¹⁶, en términos similares al actual art. 31 bis LOE.

¹² Informe GREVIO/Inf(2020)19 España, párr. 281, en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/home.htm>.

¹³ De hecho, la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021, amplía los servicios de acogida para garantizar la accesibilidad de los mismos a todas las víctimas de las formas de discriminación interseccional.

¹⁴ Véase ARLETTAZ, F. y GRACIA IBÁÑEZ, J., *Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género. Extranjería cultural, religión y derechos humanos*, en <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf>.

¹⁵ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>.

¹⁶ Dictamen CES 4 2020 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, en <http://www.ces.es/documents/10180/5231798/Dic042020.pdf>.

En cuanto a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, violencia que ha sido incorporada en esta futura Ley integral, surge la duda de si el nuevo art. 31 ter LOE se va a convertir en un régimen más favorable para estas víctimas que el previsto en el actual art. 59 bis del texto de extranjería. Este último articulado permite que, desde fases muy iniciales, se les exima de responsabilidad administrativa por infracción grave del art. 53.1 LOE y se les otorgue una estancia temporal. Ahora bien, para continuar con una mayor protección, se les exige que colaboren con la investigación del delito de trata¹⁷, a diferencia del art. 31 ter LOE, que ante la denuncia de la violencia sexual sufrida y la orden de protección, se va a dispensar una autorización de residencia y trabajo provisional. Una alternativa plausible sería combinar la aplicación conjunta de ambos preceptos, empleando el art. 59 bis LOE si no se ha producido la denuncia y la causa no haya sido formalizada, pasando de manera automática al nuevo régimen previsto en el art. 31 ter LOE desde el momento en que se produzca la formalización de la misma¹⁸. No obstante, debemos prestar atención a lo que se vaya a disponer en una futura Ley integral contra la Trata, que deberá evitar los solapamientos e interferencias entre posibles ámbitos concurrentes de las distintas reglamentaciones dedicadas a la erradicación de las violencias de género.

3. MIGRACIONES FORZOSAS DE MUJERES Y NIÑAS PERSEGUIDAS

La problemática específica de las mujeres y niñas que se marchan de sus países de manera forzosa se convierte en objetivo central a resolver en el ámbito de los refugiados. Por ello, surge una nueva lectura con perspectiva de género en el Derecho internacional de los refugiados, tal y como apunta la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2000¹⁹, la Declaración de Nueva York de 2016 para los Refugiados y los Migrantes²⁰, en el Pacto Mundial para la Migración²¹ o en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la protección de los derechos humanos y la política exterior de la Unión en materia de migración [2020/2116(INI)].

Ante esta realidad sumamente compleja, el art. 60.1 del Convenio de Estambul contribuye a colmar una de las grandes lagunas del Derecho interna-

¹⁷ RUEDA VALDIVIA, R., «Hacia un nuevo sistema de protección de las víctimas de trata en Derecho español de extranjería», en PÉREZ ALONSO, E. J. *et al.* (coords.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 871-916.

¹⁸ Solución formulada por VVAA, *Propuestas de enmiendas al proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, Grupo de Trabajo de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), marzo de 2021, pp. 55-59, en <http://www.mujeresjuezas.es/2021/03/21/informe-de-mujeres-juezas-al-ante-proyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>.

¹⁹ Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2000, S/RES/1325 (2000).

²⁰ Asamblea General, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016.

²¹ Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018 (A/CONF.231/3), en <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>.

cional en torno a la migración y tutela de los derechos de las inmigrantes, al determinarse que «la violencia contra las mujeres basada en el género puede reconocerse como una forma de persecución en el sentido del art. 1.A(2) del Convenio de Ginebra y como una forma de daño grave que dé lugar a una protección internacional».

En España, la Ley de Asilo recoge la persecución por motivos de género u orientación sexual como motivo para poder otorgar el estatuto de refugiada o, en su caso, la protección subsidiaria, gracias a los arts. 3 y 7.1.e), párr. 2, de dicho texto normativo²². En las violencias de género y el asilo existen avances muy positivos, gracias al esfuerzo especial y proactivo para detectar estos indicios en las solicitudes de protección internacional²³. La doctrina jurisprudencial española confirma como causa de asilo la situación de desprotección, discriminación y marginación social, política y jurídica que sufren las personas pertenecientes al género femenino en su país de origen y que vulnera de forma evidente y grave sus derechos humanos²⁴.

Por otra parte, la ampliación del concepto de refugiado a situaciones de persecución sobrevenidas propicia que las mujeres y niñas que migran de sus países puedan acogerse a la protección internacional a causa de las violencias sufridas en las rutas de huida, tránsito y acogida²⁵. En estos contextos de largos tránsitos, es frecuente que sean captadas por redes de trata para ser explotadas con fines de explotación sexual, por lo que crecen las solicitudes de protección internacional basadas en la persecución por género, aunque pocas son las concesiones finales de estatuto de refugiadas²⁶. Conforme al

²² ARENAS HIDALGO, N., «Mujeres refugiadas: entre el silencio jurídico y la aplicación de las perspectivas de género», en GALLEGO DURÁN, M. y GARCÍA GUTIÉRREZ, R. (eds.), *El legado plural de las mujeres*, Sevilla, Alfar, 2005, pp. 76-116; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., «La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas», *REEI*, 2017, núm. 33, pp. 1-31.

²³ En el FJ II de la SAN 283/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de noviembre, ECLI:ES:AN:2020:3946, se vuelve a recordar que los tribunales españoles admiten la posibilidad de que, en determinados casos, la violencia de género pueda dar lugar a la concesión del asilo, tal y como ya reconoció la STS 2781/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 11 de mayo, ECLI:ES:TS:2009:2781, que otorgó la protección internacional a una mujer nigeriana víctima de mutilación genital y de un matrimonio no deseado.

²⁴ FJ V de la SAN 436/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de febrero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:436.

²⁵ Véanse las Directrices ACNUR de 2002 sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, aconseja realizar una correcta argumentación de los elementos de género en las solicitudes de asilo para conseguir el otorgamiento del estatuto de refugiada.

²⁶ RUIZ SUTIL, C., «La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata», *CDT*, vol. 7, 2015, núm. 2, pp. 320-334; MONTALBÁS HUERTAS, I., «Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo», *CGPJ*, Escuela Judicial, *Estudios*, p. 4, <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%2001%20Montalban%20Huertas%20I.pdf>; THILL, M. y GIMÉNEZ ARMENTIA, P., «El enfoque de género: un requisito necesario para el abordaje de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2017, núm. 27, pp. 439-459; BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A. G., «El Convenio de Estambul en Francia y en España: tareas pendientes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 2020, núm. 43, pp. 46-64, esp. pp. 57-58.

art. 60 del Convenio de Estambul, se debe reforzar el reconocimiento de la protección internacional por motivo de género de las mujeres, niñas y adolescentes solicitantes de asilo que se ven atrapadas en las redes de trata sexual. Particularmente, se pide a España que garantice un acceso rápido al procedimiento de asilo y a un alojamiento seguro para cualquier mujer que lo solicite, garantizando que se desarrolle de forma rápida y siendo sensible al género, prestando atención a las situaciones de vulnerabilidad relacionadas con experiencias o riesgo de violencia de género²⁷.

En suma, el 70.º Aniversario de la Convención de los Refugiados debería servir para convertirse en un acontecimiento que afrontara la reforma para incorporar un sexto motivo que encuadre las múltiples formas de violencia de género y crear una categoría propia de persecución para dejar de enmascarar la especificidad de la opresión que sufren las mujeres bajo otras motivaciones²⁸.

4. REFLEXIONES FINALES

Nos encontramos en un momento crucial para construir una sociedad libre de violencia sobre las mujeres, aunque hemos comprobado que la perspectiva de género no ha calado lo suficiente como para proteger a las extranjeras víctimas de las múltiples violencias contra el género femenino. Con el objeto de desarmar esta violencia estructural soportada por las inmigrantes, parece oportuno invitar a una transformación de la normativa de extranjería y del sistema de protección internacional que sean aún más sensibles al sesgo de género. La implementación completa en la normativa española de lo contenido en el Capítulo VII sobre migración y asilo del Convenio de Estambul puede acabar con la invisibilización de las mujeres extranjeras que sufren las múltiples formas de la violencia de género y otorgar una respuesta a su situación administrativa acorde a su situación. Estaremos pendientes de la aprobación definitiva por el legislador español de las distintas proposiciones de leyes que pretenden regular las correspondientes violencias de género y la conveniente reforma del Derecho de extranjería y del sistema de asilo. En definitiva, los desafíos de la igualdad cambian y, en consecuencia, los sectores de la extranjería y del asilo deben proteger y promover el disfrute de los derechos humanos de las mujeres migrantes.

Palabras clave: migraciones femeninas, violencia de género en todas sus formas, Derecho de extranjería y protección internacional.

Keywords: female migration, gender based violence in all its forms, immigration and international protection law.

²⁷ Recomendaciones del Consejo de Europa de 15 de diciembre de 2020, sobre la implementación en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica [5 IC-CP/Inf(2020)10, España].

²⁸ Véase ZAMORA GÓMEZ, C. M.^a, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 77 y 83.