



Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres

La política migratoria y la normativa de extranjería desde una perspectiva de género y de cuidados. El caso de España

Arantxa Zaguirre

INTRODUCCIÓN

El objetivo central declarado de la política migratoria de la Unión Europea en los últimos años ha sido el control de las fronteras y de la inmigración irregular. Sin embargo, en paralelo al endurecimiento de las normas y los controles, de manera más o menos explícita, se han seguido ideando instrumentos para seleccionar y ordenar los flujos de inmigrantes con el fin de cubrir las necesidades sociodemográficas y laborales de los países europeos. España, como Estado miembro de la UE, ha seguido la misma pauta, de tal modo que la tendencia a agudizar el carácter restrictivo de la ley de extranjería a través de las sucesivas reformas acometidas, ha ido acompañada de una serie de prácticas no declaradas que han permitido cubrir la creciente demanda de mano de obra en determinados sectores económicos en auge durante la expansión económica con importantes bolsas de economía sumergida y en algunos casos muy feminizados, como el empleo de hogar y las labores de cuidados.

El propósito de este artículo es describir el modo en que la legislación y la práctica administrativa de extranjería, con una escasa sensibilidad hacia las cuestiones de género, han afectado y han “organizado” (o desorganizado) tanto la trayectoria laboral de las trabajadoras migrantes como su vida familiar y personal, colocándolas en situaciones de elevada vulnerabilidad mediante la aplicación de medidas que podrían considerarse directamente discriminatorias. El caso de las empleadas de hogar migrantes es paradigmático. Estas trabajadoras se enfrentan a un entramado de obstáculos legales que les impiden acceder a un estándar básico de derechos laborales y de protección social, y que derivan de la aplicación conjunta de dos normas que se refuerzan mutuamente para generar situaciones de precariedad preocupante: la Ley de extranjería y la normativa que regula la relación laboral de las empleadas de hogar.

1. CONTEXTO: LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA EN EL MARCO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EVOLUCIÓN Y PRÁCTICAS DE FACTO EN ESPAÑA RELACIONADAS CON LA ETAPA DE EXPANSIÓN ECONÓMICA.

Desde finales de los años 80 se produce en Europa el tránsito desde el modelo de trabajador migrante temporal o “trabajador invitado”, propio de la década de los 60, hacia una inmigración que decide establecerse de forma permanente en la UE. Esta nueva realidad plantea nuevos retos relacionados con la integración de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, entre los que destaca el acceso de las y los inmigrantes

extracomunitarios a la participación política y, en general, a los derechos que forman parte del contenido de la ciudadanía europea, como la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio de la UE.

En este contexto, la política migratoria y los objetivos marcados desde la UE, que han guiado la redacción de las leyes de extranjería de los Estados miembros incluida España, han primado desde sus inicios las cuestiones relativas al control de las fronteras y de la inmigración irregular frente a las medidas de integración. En una primera etapa, hasta finales de los 90, la política migratoria de la UE se basaba en la cooperación intergubernamental desde una perspectiva marcadamente policial. Destaca en este período la firma del Acuerdo de Schengen en 1985, cuyo espíritu y contenidos siguen presentes en las leyes de extranjería europeas. El cambio de este modelo se produce en 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, por el que las materias relativas a la inmigración y el asilo dejan de formar parte del ámbito de la cooperación intergubernamental y pasan a ser una materia propia de la política común de la UE, lo que implica una limitación de la soberanía de los Estados miembros a la hora de legislar sobre ambas cuestiones. A pesar de esta importante modificación, y de la referencia que se hizo en la Cumbre de Tampere en 1999 a la necesidad de implantar políticas de integración, la normativa comunitaria siguió ofreciendo una imagen de la inmigración como una cuestión de seguridad y como una amenaza para los sistemas de bienestar europeos, favoreciendo así el diseño de leyes de extranjería que han priorizado los aspectos relacionados con el control de fronteras, la restricción de derechos fundamentales de las personas extranjeras y la expulsión de los y las inmigrantes en situación irregular.

En este contexto, en España, desde la aprobación de la primera Ley de extranjería en 1985¹, se ha podido observar un endurecimiento progresivo de dicha normativa, hasta tal punto que ha debido ser corregida en diversas ocasiones² por el Tribunal Constitucional³, declarando la inconstitucionalidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales previstas para las extranjeras y los extranjeros extracomunitarios en situación irregular. Esta evolución de la legislación se produce a lo largo de un periodo en que España, que se había caracterizado por su condición de país emisor de emigrantes hasta mediados de los 80, se transforma en país receptor de inmigración, experimentando un fuerte aumento de la población inmigrante en un lapso de tiempo de apenas diez años, coincidiendo con la etapa de expansión económica y del empleo, que sólo se ha visto ralentizado con el inicio de la crisis económica en 2008. Como se detallará a continuación, la fuerte demanda de mano de obra durante el período de crecimiento económico explica, como característica propia del caso español, la divergencia entre los contenidos de la legislación de extranjería interna, que se ha ido adaptando paulatinamente a las exigencias marcadamente restrictivas planteadas desde la UE⁴, y las prácticas administrativas permisivas “no declaradas” en relación a la gestión de los flujos migratorios laborales, que no siempre han coincidido con el espíritu restrictivo de la norma.

1.1 Evolución de la normativa de extranjería española desde 1985

En 1985 se aprobó la primera Ley de extranjería en España, con la mayoría absoluta del Partido Socialista en el Congreso, respondiendo a los requisitos impuestos desde la entonces

¹ Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

² Sentencias: STC 115/87; STC 94/93; STC 236/2007.

³ El Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que lo regula, es el intérprete supremo de la Constitución y es independiente de los demás órganos constitucionales.

⁴ Se atribuyó a España el papel de “puerta del sur” de una Europa que intentaba blindarse frente a la inmigración.

denominada Comunidad Económica Europea, con el fin de allanar nuestra incorporación a la misma en 1986. La visión policial y restrictiva del fenómeno migratorio recogido en esta norma no se correspondía en absoluto con la realidad social del país en aquel momento, en el que únicamente residían 250.000 extranjeros. Uno de los aspectos más llamativos de la Ley 7/85 fue la negación de derechos fundamentales como el derecho a la educación, a la tutela judicial efectiva o los derechos de asociación, reunión, sindicación y huelga a quienes carecían de autorización de residencia. Esta norma, además, introdujo el criterio de la situación nacional de empleo a la hora de conceder o denegar permisos de trabajo a ciudadanos extranjeros.

Quince años después, tras la Cumbre de Tampere de 1999, y precedida de un debate que se prolongó a lo largo de un año y medio y en el que participaron todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso, se aprobó la primera modificación de la Ley de extranjería mediante la Ley Orgánica 4/2000⁵, entre cuyas medidas destacaban el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas en situación de estancia irregular, la asistencia sanitaria universal, la obligación de motivación de todas las denegaciones de visados, la desaparición de la expulsión como sanción a las situaciones de estancia irregular y la inclusión del permiso de residencia por motivos de arraigo, que se presentó como una válvula de escape permanente que trataba de impedir la acumulación de bolsas de inmigrantes en situación irregular. Durante la vigencia de la Ley 4/2000 se planteó una situación nueva, ya que la nueva sanción a las situaciones de estancia irregular, consistente en una multa, contribuyó al aumento de denuncias de condiciones laborales abusivas por parte de los propios trabajadores y trabajadoras migrantes que, al no sentirse amenazados por la posibilidad de ser expulsados, complementaron la insuficiente actividad de la Inspección de Trabajo.

La Ley 4/2000 duró apenas un año y fue modificada por el Partido Popular, que tras haber obtenido la mayoría absoluta en las elecciones generales de 2000, pudo aprobar su propia Ley orgánica⁶. A finales de ese mismo año se aprueba la Ley Orgánica 8/2000⁷, que retoma el modelo de la Ley 7/85, negando de nuevo el ejercicio de determinados derechos fundamentales a las personas en situación de estancia irregular, volviendo a sancionar la estancia “sin papeles” con la expulsión o ampliando de dos a cinco años el período de estancia necesario para obtener un permiso de residencia por arraigo.

Entre las medidas relacionadas con la política migratoria en el período 2000-2004 destacan cuatro reformas de la Ley de extranjería, varias regularizaciones extraordinarias y la firma de numerosos acuerdos bilaterales de ordenación de flujos migratorios, principalmente con países latinoamericanos, que conllevaban como contraprestación la readmisión de sus nacionales deportados desde España.

En la etapa iniciada a partir de 2004 con el nuevo Gobierno socialista, cabe señalar que se mantuvieron los objetivos de gestión de la mano de obra inmigrante de acuerdo a las necesidades del mercado de trabajo nacional y la lucha contra la inmigración irregular. De hecho, la cuarta reforma⁸, mediante la Ley Orgánica 14/2003⁹, se aprobó con el consenso de los dos partidos mayoritarios.

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

⁶ Para aprobar una ley orgánica es necesario el voto de la mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81 de la Constitución).

⁷ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

⁸ La tercera reforma fue la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modificó el art.89 del Código Penal.

⁹ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En 2006 el Gobierno español aprobó el Plan África, en el que las políticas de inmigración, control de flujos y firma de convenios de readmisión de deportados con los países de origen, se vinculan por primera vez con las políticas de ayuda al desarrollo. Este Plan puede considerarse uno de los primeros instrumentos aprobados en España en el marco de las líneas de actuación propuestas por la UE en los últimos diez años en relación a la externalización del control de fronteras o deslocalización del control migratorio¹⁰. Estas prácticas consisten en delegar el control de las fronteras exteriores de la UE en países no comunitarios que tanto inmigrantes como solicitantes de asilo atraviesan en su tránsito hacia Europa, mediante la creación, financiada desde la propia UE, de centros de retención de solicitantes de asilo en el territorio de estos Estados o la inversión en la mejora de los procedimientos de asilo en Argelia, Marruecos, Libia, Túnez o Mauritania, con el objetivo de que los y las solicitantes no lleguen a Europa¹¹.

En la actualidad esta materia plantea importantes dudas acerca de las garantías para los derechos humanos de las y los inmigrantes y solicitantes de asilo que sean objeto de estos controles fronterizos encargados a países terceros.

1.2 Prácticas administrativas permisivas de facto

La divergencia entre el espíritu restrictivo de las sucesivas leyes de extranjería españolas y las prácticas administrativas permisivas “no declaradas” en relación a la gestión de los flujos migratorios laborales, está estrechamente relacionada con tres acontecimientos que han tenido gran influencia en el mercado laboral interno: la situación de bonanza económica experimentada en España como consecuencia de la expansión del sector de la construcción y el desarrollo paralelo de la denominada “burbuja inmobiliaria”; la incorporación masiva de las mujeres españolas al mercado laboral desde la década de los 90; y el progresivo envejecimiento de la población, con la consecuencia lógica de un aumento del número de personas mayores dependientes que requieren unos cuidados que el escasamente desarrollado Estado de bienestar español no puede proporcionarles en la misma medida en que son demandados.

En España, tanto la economía formal como la economía sumergida (hasta un 23% del PIB según diversos estudios¹²) han demandado un gran número de trabajadores y trabajadoras no cualificados durante casi diez años y se puede afirmar que los poderes públicos han facilitado de manera “extra oficial” la provisión de esta mano de obra, principalmente en el sector de la construcción y en el del empleo de hogar y cuidado a personas dependientes.

Estas prácticas “no declaradas”, como por ejemplo la flexibilidad en la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para el acceso de turistas al territorio español¹³ (recordamos que esta es la vía principal de entrada de inmigrantes económicos), unida a la inexistencia de mecanismos flexibles de regularización continua, han originado desde finales de los años 90 acumulaciones periódicas de trabajadores y trabajadoras migrantes en situación irregular, obligados a participar en ese 23% de la economía española que se encuentra sumergida pero constituye una pieza fundamental para el mantenimiento de determinados sectores productivos (agricultura, hostelería, construcción, empleo de hogar y labores de

¹⁰ Gil Araujo, S. (2005).

¹¹ Gil Araujo, S. (2005).

¹² Consejo Económico y Social (1999).

¹³ “Si antes cada día llegaban de 200 a 300 ecuatorianos al aeropuerto de Barajas, ahora sólo vienen unos doce. Los requisitos que exige el Consulado español para conceder el visado de turista son muy duros, hay que tener muy buen nivel económico para cumplirlos” (Declaraciones de un portavoz de la Asociación Ecuatoriana Rumiñahui. *El País*, 2 de septiembre de 2003).

cuidados...), pasando estos trabajadores y trabajadoras a ocupar los “nichos laborales” abandonados parcialmente por la población autóctona.

La solución a estas “bolsas de trabajadores sin papeles” fue la convocatoria de sucesivas regularizaciones “extraordinarias” con el fin de hacer emerger a la economía formal a miles de trabajadores y trabajadoras migrantes. En todo caso, estos procesos no pueden definirse como regularizaciones masivas o amnistías, pues en todos ellos se exigía la presentación de una oferta de trabajo en firme, así como la documentación relativa a la empresa o empleador ofertante.

1.3 Vías de acceso al permiso de trabajo en la legislación de extranjería

Atendiendo al modelo de gestión de los flujos migratorios laborales previsto en la legislación de extranjería, las únicas vías de acceso al permiso de trabajo serían el denominado “régimen general de permisos de trabajo” y el “contingente de trabajadores extranjeros”. Ambos sistemas han mostrado su ineficacia a la hora de regular adecuadamente dichos flujos debido a su diseño incompatible con la realidad migratoria y con las necesidades y funcionamiento del mercado de trabajo.

El régimen general de permisos de trabajo prevé que empresas y empleadores realicen ofertas nominativas a trabajadoras y trabajadores extranjeros que se encuentren en su país de origen y quieran cubrir puestos en sectores que presentan escasez de mano de obra nacional. Una vez estudiada y concedida la solicitud presentada por la empresa o el empleador, el ciudadano extranjero solicitará un visado en el país de origen y efectuará su entrada legal en España, momento en el que podrá ser dado de alta en la Seguridad Social. La lógica nos dice que únicamente podrán recibir una oferta nominativa las trabajadoras y trabajadores que ya conocen a su empleador por haber trabajado para él durante un período previo de estancia irregular.

En cuanto al contingente, sistema que se introdujo por primera vez en España en 1993 y que limita a un número concreto y a determinados sectores de actividad los permisos de trabajo que serán concedidos cada año, plantea muchos inconvenientes a empresas y empleadores, que tienen que desplazarse al país de origen si quieren seleccionar personalmente a quienes optan a estos puestos. Según establece la Ley de extranjería¹⁴, el Gobierno¹⁵, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar un contingente anual de trabajadoras y trabajadores extranjeros. Para determinar el número y las características de las ofertas se atenderá a las propuestas de las Comunidades Autónomas y los agentes sociales. Las ofertas se dirigirán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos. Como regla general, las ofertas serán genéricas, pero la norma también prevé la posibilidad de realizar ofertas nominativas a través del contingente en determinados supuestos.

Pero el contingente no finaliza con la publicación del número de ofertas aprobadas y los sectores a los que van dirigidas. A partir de ese momento, los empresarios podrán utilizar esta vía, presentando sus ofertas de trabajo, dentro de los límites señalados, desplazándose a los países de origen a realizar personalmente la selección de posibles candidatos o dejando esta selección en manos de organismos públicos de los propios Estados. Si las empresas encuentran

¹⁴ Art. 39.

¹⁵ En la última reforma de la Ley en 2009 esta función queda atribuida al Ministerio de Trabajo e Inmigración. También se incluye la labor consultiva de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, compuesta por la Administración y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal.

otras alternativas que les permitan cubrir sus necesidades de mano de obra¹⁶, no presentarán ofertas a través de este sistema, dejando así sin cubrir un importante número de las ofertas aprobadas inicialmente.

Los contingentes, hasta 2002, sirvieron realmente como vía de regularización encubierta de inmigrantes que ya estaban trabajando en España de manera irregular¹⁷, cumpliendo así la misma función que el régimen general antes descrito. En 1993, 1994, 1995, 1997, 1998 y 1999 se aprobaron contingentes que funcionaron como auténticos mecanismos de regularización.

El primer “contingente puro” con ofertas de empleo genéricas dirigidas a trabajadoras y trabajadores extranjeros residentes en sus países de origen fue el de 2002. Los resultados del mismo, en el que miles de puestos quedaron sin cubrir, demostraron su ineficacia para canalizar las necesidades de mano de obra.

En cuanto a las regularizaciones extraordinarias, se han llevado a cabo seis entre 1985 y 2005¹⁸, con un resultado total de casi 1.200.000 permisos de residencia concedidos¹⁹. Esta cifra podría indicar el importante papel que han desempeñado las regularizaciones extraordinarias como vía de acceso a la regularidad administrativa, teniendo en cuenta que en 2006, año siguiente a la finalización de la última regularización, residían legalmente en España 2.092.095 extranjeros extracomunitarios²⁰. Sin embargo, el alto número de solicitudes presentadas en cada proceso de regularización nos pondría ante la evidencia del fracaso de los mecanismos legalmente establecidos de gestión de flujos migratorios.

1.4 Participación de las trabajadoras migrantes en los contingentes y regularizaciones

Entre 1998 y 2008 España experimentó el más importante crecimiento de la inmigración femenina, con un aumento por encima de los dos millones de personas²¹. Entre ellas destaca un importante número de pioneras, principalmente originarias de países latinoamericanos. A su llegada estas trabajadoras ocuparon empleos tradicionalmente desempeñados por mujeres y en sectores que las españolas habían abandonado parcialmente para acceder a otras profesiones mejor remuneradas y más acordes con su nivel de formación.

Sin embargo, esta posibilidad queda vetada a las trabajadoras migrantes a las que se impone desde la legislación de extranjería su participación en determinados nichos laborales, siempre que la situación nacional de empleo así lo aconseje. Esta “asignación” inicial, junto a la desvalorización social de trabajos precarios y mal pagados como los relativos a los cuidados en los hogares, cuya demanda se mantiene pero no es cubierta por las mujeres autóctonas, convierte sectores como el empleo de hogar en una “actividad propia de mujeres inmigrantes”, por lo que en muchas ocasiones la deseada movilidad hacia otros empleos no termina de producirse, ya que a las trabajadoras les resulta más fácil encontrar un trabajo como empleadas de hogar que en cualquier otra actividad.

En los años en que se convocaron “contingentes-regularización”, el 80% de los permisos ofertados iban dirigidos al sector agrícola y el empleo de hogar²², derivando así

¹⁶ Por ejemplo, contratando trabajadoras y trabajadores sin permiso de trabajo que ya se encuentran en España.

¹⁷ Sólo a partir de la penúltima reforma de la Ley de extranjería mediante la Ley 14/2003, se introduce definitivamente como requisito que las trabajadoras y trabajadores seleccionados se encuentren en sus países de origen.

¹⁸ 1985, 1991, 1996, 2000, 2001, 2005.

¹⁹ V Informe FUEM de Políticas Sociales (2006).

²⁰ Anuario Estadístico de Inmigración 2006. Ministerio de Trabajo e Inmigración (MTIN).

²¹ Consejo Económico y Social (2009).

²² 1993: 20.600 permisos; 1994: 20.600; 1995: 8.000; 1997: 15.500; 1998: 28.000; 1999: 30.000. Colectivo IOE (2001).

mayoritariamente a las trabajadoras y trabajadores migrantes a determinados nichos laborales caracterizados por la precariedad, los salarios bajos y una escasa valoración social, especialmente en el caso de las empleadas de hogar.

Las empleadas de hogar que se regularizaron mediante estos contingentes no participaron precisamente en programas de intermediación laboral promovidos desde la Administración para ayudarles a ponerse en contacto con sus futuros empleadores. Vinieron a España solas, entraron de forma regular, como turistas, se quedaron “sin papeles” cuando su periodo de estancia legal caducó y encontraron trabajos en la economía sumergida debido a la fuerte demanda de mano de obra relacionada con las labores de cuidado. Si no hubieran entrado en España como turistas, nadie les habría hecho una oferta nominativa para trabajar en un domicilio familiar porque sencillamente nunca las habrían conocido.

En cuanto a las regularizaciones extraordinarias, el 30% de las concesiones en cada uno de los procesos correspondían a la actividad de empleo de hogar.

El visado para búsqueda de empleo

Ante la constatación de las dificultades que presentaba el sistema para adaptarse a las características propias de la relación laboral de las empleadas de hogar, se introdujo en la Ley de extranjería 14/2003 una nueva figura ampliamente demandada: el visado para búsqueda de empleo. Este visado permitiría iniciar la relación de confianza, característica en este sector, durante el período de prueba del contrato de trabajo, por tener la trabajadora capacidad legal para contratar laboralmente desde su llegada a España. Mientras el diseño del contingente puede ser válido para actividades como la agricultura, donde la confianza no es fundamental y el trabajo no se realiza dentro de un domicilio familiar, no resulta viable su utilización para la contratación de empleadas de hogar que se encuentran en sus países de origen y a las que los futuros empleadores simplemente no conocen.

La Ley 8/2000 ya fijó por primera vez la convocatoria del contingente como una decisión potestativa del Gobierno y no como una obligación. La Ley 14/2003 mantiene este carácter discrecional y señala además que el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o para determinados sectores de actividad u ocupaciones²³. Estos visados habilitan para entrar legalmente en España y buscar un empleo en el sector asignado durante tres meses. Si en este período no se ha conseguido formalizar la relación laboral y el alta en Seguridad Social, existe la obligación de regresar al país de origen.

Lamentablemente, el Gobierno no ha convocado anualmente los visados de búsqueda de empleo necesarios para cubrir la demanda creciente de empleadas de hogar y cuidadoras²⁴, por lo que las trabajadoras migrantes han seguido llegando como turistas, arriesgándose a ser devueltas en el aeropuerto y sabiendo que tarde o temprano caerían en la situación de estancia irregular y cabría la posibilidad de que las detuvieran, les abrieran una orden de expulsión y les privaran de libertad hasta 60 días en un centro de internamiento de extranjeros²⁵ (CIE).

²³ Apartados 3, 4 y 5 del art. 39.

²⁴ En 2006 y 2007 se ofertaron 661 y 455 visados para búsqueda de empleo como empleada de hogar para toda España. En 2008, 500 visados sólo para hijos y nietos de español de origen. En 2009, ninguno. (Ver en el BOE la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se regula el contingente cada año)

²⁵ Es habitual encontrar empleadas de hogar extranjeras detenidas en el CIE.

¿Y qué soluciones ofrece la legislación de extranjería a las mujeres que se encuentran trabajando como empleadas de hogar “sin papeles”? En la mayoría de los casos, la única alternativa es solicitar un permiso de residencia y trabajo por motivos de arraigo social²⁶, pero sólo cuando hayan cumplido una “penitencia” de tres años de estancia irregular en España.

1.5 Política migratoria y crisis económica

Desde 2008, con la “declaración oficial” de inicio de la crisis económica, asistimos a un endurecimiento tanto del discurso relativo a la inmigración como de las medidas normativas adoptadas en relación a los trabajadores y las trabajadoras migrantes residentes en la UE, a quienes únicamente se ofrece la opción de la “vuelta a casa” o “retorno voluntario”²⁷ hasta que finalice la crisis y se inicie un nuevo ciclo económico. Destaca en estas medidas una falta de visión a medio y largo plazo y un cierto desdén por la realidad familiar de trabajadores y trabajadoras que pueden llevar casi una década residiendo en territorio europeo, habiendo establecido fuertes vínculos con las sociedades de acogida.

En este sentido, el Informe publicado por la OCDE en 2010²⁸ sobre las perspectivas de la migración internacional, insta a los países de la UE a ayudar a los trabajadores y trabajadoras migrantes que han perdido su trabajo en la misma medida en que se ha ayudado a las trabajadoras y trabajadores autóctonos, mediante la búsqueda de un nuevo empleo, o la formación y capacitación profesional, recalcando la necesidad de conservar una perspectiva a largo plazo en materia de política migratoria.

2. LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. LA RECIENTE REFORMA DE LA LEY EN 2009

En paralelo al aumento de la inmigración femenina en España las leyes de extranjería han incorporado progresivamente figuras que indican una mayor consideración hacia las cuestiones de género²⁹, lo que no significa que se haya realizado siempre de forma adecuada, especialmente en relación a las mujeres migrantes que se encuentran en posiciones altamente vulnerables, ya sea por el puesto que ocupan en el mercado laboral, o por el rol que tienen asignado en el ámbito social o familiar.

Atrapadas en nichos laborales difíciles de abandonar, con unas condiciones precarias y unos ingresos mensuales cercanos al salario mínimo interprofesional, las trabajadoras migrantes observan cómo la legislación de extranjería no sólo regula su posición en el mercado de trabajo, sino que su alcance se extiende hasta su vida familiar, difícil de organizar en ocasiones, dado su carácter transnacional.

En diciembre de 2009 se aprobó en España la última modificación de la Ley de extranjería mediante la Ley Orgánica 2/2009³⁰. Esta norma hace suyos los objetivos previstos en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo firmado en octubre de 2008 y a su vez transpone a la

²⁶ Art. 31.3 de la Ley Orgánica de Extranjería y art. 45.2.b) de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

²⁷ El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo firmado en octubre de 2008 contempla el fomento del retorno voluntario como uno de los objetivos a alcanzar.

²⁸ International Migration Outlook: SOPEMI 2010.

²⁹ Concretamente los artículos relacionados con las mujeres víctimas de violencia de género o de trata.

³⁰ 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.

legislación nacional diversas Directivas Comunitarias. Asimismo, la nueva normativa modifica la regulación de varios derechos fundamentales³¹ de cuya titularidad no puede excluirse a las personas extranjeras en situación de estancia irregular, de acuerdo con lo establecido por las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional³². Debemos resaltar que la mejora en materia de derechos fundamentales introducida por la última reforma de la Ley deriva, en todo caso, de la obligación de adaptar la legislación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no de la mera voluntad del legislador. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000 hasta las Sentencias del Tribunal Constitucional en 2007, pasaron siete años en los que el legislador siguió sin reconocer determinados derechos fundamentales a las personas “sin papeles”. En ese periodo, hubo una oportunidad desaprovechada durante el cuarto proceso de reforma de la Ley de extranjería en 2003.

La Ley 2/2009, además, responde de manera implícita a la situación de crisis económica y por primera vez incluye en su preámbulo expresiones como “capacidad de acogida del Estado” o “derechos progresivos” que los y las residentes legales irán adquiriendo en función de la duración de su estancia en España.

2.1 Novedades introducidas por la última reforma de la Ley de extranjería que afectan de manera especial a las mujeres migrantes

2.1.1 Reagrupación familiar.

La última reforma de la Ley de extranjería en 2009 ha modificado varias cuestiones que afectan de manera especial a las mujeres migrantes. En primer lugar, se ha de valorar positivamente la inclusión de la autorización de trabajo automática para los y las cónyuges reagrupados³³, a quienes la normativa anterior sólo concedía un permiso de residencia. Desde diversos ámbitos se venía reclamando esta mejora que puede actuar como medida preventiva en situaciones de violencia doméstica. Si bien es cierto que la norma anterior ya preveía la concesión de un permiso de residencia independiente a la mujer reagrupada que acreditara mediante una orden de protección haber sido víctima de violencia doméstica, en la práctica, estas mujeres no podían generar inmediatamente sus propios medios de subsistencia al separarse de sus maridos, ya que sus tarjetas de residencia no les autorizaban a trabajar y tenían que iniciar un farragoso y lentísimo trámite de solicitud de permiso de trabajo una vez que encontraban una empresa o empleador que quisiera hacerles una oferta en firme. Dadas las circunstancias en que se encontraban, esto era pedir demasiado, por lo que las mujeres sin familia o red social de apoyo, pasaban a encontrarse en situaciones de gran desprotección.

La reforma, sin embargo, incluye dificultades adicionales para la reagrupación de ascendientes³⁴ o, dicho de otro modo, para la reagrupación de las abuelas que cuidan de los hijos e hijas de las trabajadoras migrantes, permitiéndoles así conciliar su vida laboral con su vida personal y familiar, a la que también tienen derecho aunque el sistema les haya atribuido únicamente un papel en la conciliación de las vidas familiares y laborales de otros. Concretamente, la nueva norma exige que las y los ascendientes tengan al menos 65 años y que quien realiza la reagrupación sea titular de una tarjeta de residencia de larga duración³⁵.

³¹ Educación, asistencia jurídica gratuita, asociación, reunión, sindicación y huelga.

³² STC 236/2007, de 7 de noviembre; STC 259/2007, de 19 de diciembre; y SSTC 260 a 265/2007, de 20 de diciembre.

³³ Art. 19.1 de la Ley Orgánica 2/2009.

³⁴ Art. 17.1.d de la Ley Orgánica 2/2009.

³⁵ Además del resto de requisitos legales, como la acreditación de medios económicos suficientes y disponibilidad de una vivienda adecuada.

El derecho a la reagrupación familiar ha sufrido importantes recortes desde la aprobación de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar³⁶ y su transposición a las leyes de extranjería nacionales. El interés por limitar este derecho puede encontrarse en la falta de control por parte del Estado de destino sobre quiénes serán los familiares finalmente reagrupados. Frente al dominio que ejerce la Administración en el proceso de gestión de mano de obra inmigrante necesaria para cubrir los huecos o nichos del mercado laboral autóctono, el procedimiento de reagrupación es un espacio en el que domina la voluntad del reagrupante³⁷ y la Administración no puede decidir a quién debe reagrupar. Esto significa que el o la reagrupante quizá quiere traer a un bebé, o a una anciana de 82 años, o a un adolescente que quiere estudiar o a un cónyuge en edad laboral que quiere trabajar. Por tratarse de un derecho innegable que corresponde a todos los extranjeros y las extranjeras residentes legales, los obstáculos suelen presentarse de manera más evidente en la práctica administrativa: considerar que el reagrupante no dispone de “medios económicos suficientes” o una “vivienda adecuada”, o que “no acredita las razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia de su madre en España”. Conceptos jurídicos indeterminados como los anteriores abundan en la Ley de extranjería y favorecen resoluciones administrativas arbitrarias y estandarizadas.

Podemos afirmar, por tanto, que junto a las prácticas administrativas permisivas en relación a los flujos laborales durante el período de expansión económica, se han producido prácticas restrictivas, intensificadas a raíz del inicio de la crisis, referidas a la reagrupación de los familiares de las trabajadoras y los trabajadores migrantes y que han afectado especialmente a sus ascendientes.

El Tribunal Constitucional, con la Sentencia 236/2007, ha contribuido a la legitimación de estas prácticas al establecer que el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar del art.18 de la Constitución, y que no existe un derecho de todo inmigrante a que su familia le acompañe, por lo que no puede considerarse un derecho fundamental de los y las residentes legales. Sin embargo, este argumento obvia el contenido de varios Convenios Internacionales ratificados por España, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Declaración Universal de Derechos Humanos, que sí establecen una protección genérica de la familia, sin distinciones.

2.1.2 Violencia doméstica

Una mejora en relación a las mujeres en situación irregular es la introducción de un nuevo artículo 31 bis, que les habilita para solicitar una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando se dicte a su favor una orden de protección o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Si el proceso finaliza con una sentencia condenatoria, la autorización dejará de ser provisional, tendrá una duración de un año y podrá ser renovada.

Sin embargo, el mismo artículo 31 bis, en su apartado 2, introduce en la Ley de extranjería el contenido de la Instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad³⁸, ampliamente

³⁶ La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, trata de limitar la reagrupación únicamente a la denominada “familia nuclear”, excluyendo a abuelas y abuelos. También intenta dificultar la reagrupación de mayores de doce años y prevé permitir la reagrupación sólo cuando el reagrupable haya alcanzado un determinado nivel del idioma del país de destino.

³⁷ Siempre dentro de los límites legales establecidos en cuanto a qué familiares podrán ser reagrupables.

³⁸ Instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

criticada desde diferentes instancias³⁹, y que establece la obligación de las y los agentes de policía de comprobar la estancia legal de las mujeres extranjeras que tramitan una denuncia por violencia doméstica y, en su caso, abrir un expediente sancionador (de multa o expulsión). La misma norma, señala que dicho expediente será suspendido hasta que se resuelva el procedimiento penal. La cuestión es que si el proceso termina con un archivo o una absolución (lo que es muy frecuente en supuestos de maltrato psicológico), el expediente sancionador se reactiva y puede convertirse en una orden de expulsión para la denunciante.

En esta medida subyace la criminalización de la propia víctima, vista como “defraudadora en potencia” que intentará aprovecharse de la normativa y no dudará en presentar una denuncia falsa para obtener un permiso de residencia. Al mismo tiempo, la medida genera en las víctimas una pérdida de confianza en las instituciones, por no sentirse tratadas en primer lugar como víctimas, sino como extranjeras “sin papeles”, lo que las disuade de presentar denuncias en la comisaría, buscando lugares alternativos como los juzgados (si alguien les informa de esta posibilidad), en donde no les preguntarán por su situación administrativa.

Las víctimas de violencia doméstica en situación irregular tampoco podrán acceder a la Renta Activa de Inserción⁴⁰, por ser de imposible cumplimiento para ellas el requisito de estar inscritas como demandantes de empleo. La reforma de la Ley de extranjería no ha previsto ninguna especialidad en este supuesto, lo que constituye una discriminación indirecta de las víctimas “sin papeles” en el acceso a las ayudas sociales previstas legalmente.

2.1.3 Víctimas de trata

Otra importante novedad, en este caso relacionada con las víctimas de trata es la transposición de los contenidos de la Directiva 2004/81/CE⁴¹, sobre víctimas de trata de seres humanos. El nuevo artículo 59 bis de la Ley de extranjería señala que cuando la Administración detecte una posible víctima de trata de seres humanos en situación irregular, se le iniciará un expediente sancionador de expulsión⁴², proponiendo al mismo tiempo la concesión de un período de restablecimiento y reflexión de al menos 30 días en el que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante el período de reflexión, será autorizada a residir provisionalmente y quedará en suspenso el procedimiento de expulsión, tomándose medidas para asegurar la subsistencia y protección de la víctima.

Si en el proceso queda acreditada su condición de víctima, podrá elegir entre solicitar un permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o retornar de forma asistida a su país de origen.

En relación a la incoación de un expediente de expulsión a las mujeres en situación irregular, hemos de recordar que entre los contenidos de la Directiva transpuesta no se encuentra la obligación de abrir un expediente sancionador cuando las posibles víctimas no tengan permiso de residencia.

³⁹ Amnistía Internacional (2005 y 2007).

⁴⁰ Que contempla a las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo como uno de los colectivos beneficiarios de esta prestación.

⁴¹ Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

⁴² También es habitual encontrar posibles víctimas de trata internadas en centros de internamiento de extranjeros.

En cuanto a la reagrupación familiar, la Red Española contra la Trata de Personas pidió que en la nueva Ley se facilitara este procedimiento a las víctimas de trata, debido a las amenazas de las mafias que suelen sufrir sus familias en los países de origen. Esta situación dificulta enormemente la presentación de denuncias pero finalmente la Ley de extranjería no incluyó este punto en su articulado.

3. EL CASO DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR MIGRANTES. CONEXIONES ENTRE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA Y LA NORMATIVA SOBRE EL EMPLEO DE HOGAR

El Real Decreto 1424/1985⁴³, que regula la relación laboral especial de las empleadas de hogar, se aprobó en su momento con el fin de reconocer unos mínimos derechos a estas trabajadoras, mayoritariamente españolas migrantes de las zonas rurales en aquella época, y fue consecuencia de la presión que ejercieron éstas y las asociaciones que las representaban. En el mismo año, se aprobó la primera Ley de extranjería en España, respondiendo, como se ha explicado, a las exigencias que llegaban desde Europa a raíz de nuestra incorporación a la entonces denominada Comunidad Económica Europea.

Estas dos normas que nacieron con fines distintos acabaron confluyendo a medida que la incorporación de las mujeres españolas al mercado laboral se convirtió en masiva y los cuidados y tareas que ellas realizaban, en ausencia de dispositivos públicos de ayuda, se fueron transfiriendo en parte a mujeres migrantes, cuyo número fue creciendo en la medida en que se generalizaba en amplias capas de la población la externalización de los cuidados⁴⁴. De este modo, en la actualidad la aplicación conjunta de estas dos normas a las empleadas de hogar migrantes, facilita y legitima de manera reforzada la precariedad, cuando no explotación, de estas trabajadoras. Conviene recordar que el 60% de las afiliadas al Régimen Especial de Empleadas de Hogar son extranjeras y el porcentaje sería aún más alto si tuviéramos acceso a datos fehacientes acerca de las mujeres que trabajan en la economía sumergida⁴⁵.

3.1 Relación laboral especial y Régimen Especial de Seguridad Social

Las dinámicas sociales y demográficas que subyacen a la externalización del empleo de hogar y las labores de cuidados por parte de amplias capas de la población autóctona han sido determinantes para que, en 25 años, ningún gobierno se haya atrevido o haya mostrado interés en modificar el Real Decreto 1424/1985 ni el régimen especial de Seguridad Social, recogido en el Decreto 2346/1969⁴⁶, con el fin de acercar los derechos laborales y de

⁴³ Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar.

⁴⁴ Desde finales de los años 90 hasta hoy se ha producido un espectacular crecimiento de más del 100% del empleo en el sector del empleo de hogar. (Consejo Económico y Social, 2009).

⁴⁵ Según el Boletín de Estadísticas Laborales del MTIN, en el primer trimestre de 2010 hubo una media de 294.100 personas afiliadas al Régimen de Empleadas de Hogar (180.000 eran extranjeras), mientras que la EPA indicaba un total de 759.300 personas ocupadas en dicha actividad en el mismo periodo. Quizá una parte importante de estas más de 400.000 empleadas de hogar que trabajan de manera informal son españolas que no necesitan obtener una tarjeta de residencia y no ven como un gasto útil cotizar a la Seguridad Social en este Régimen Especial que da acceso a muy pocas prestaciones.

⁴⁶ Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial del Servicio Doméstico. Una parte de sus artículos han sido derogados, siendo sustituidos por lo dispuesto en el RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores y el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba

Seguridad Social de las empleadas de hogar a los recogidos en el Estatuto de los Trabajadores⁴⁷.

Figuras como el “desistimiento del empleador”, auténtico despido sin causa⁴⁸ que conlleva una indemnización de 7 días por año trabajado, dan al empleador una plena libertad a la hora de extinguir la relación laboral en cualquier momento y a un bajo coste, lo que favorece situaciones abusivas.

Resulta igualmente cuestionable la posibilidad de pagar por una jornada completa el salario mínimo interprofesional (633 euros mensuales para 2010) y hasta el 45% de esta cantidad en especie⁴⁹ (comida y cama), pues en el caso de trabajadoras internas⁵⁰ es al empleador a quien beneficia la situación de disponibilidad permanente de la trabajadora en el domicilio, hecho que debería remunerarse en vez de deducirse del salario de la empleada⁵¹.

La ausencia de protección por desempleo es otro de los aspectos que más urge reformar de la normativa sobre empleadas de hogar, que en la actualidad no cotizan por desempleo y no reciben prestaciones al quedar en paro, lo que dificulta su disfrute de periodos transitorios remunerados entre empleo y empleo, que podrían servirles para buscar trabajo en otros sectores y escapar así de la tela de araña en que se convierte el empleo de hogar para muchas de ellas.

3.2 Intersecciones entre la legislación de extranjería y la normativa sobre empleadas de hogar

En definitiva, las normas que regulan el trabajo de las empleadas de hogar, ya abusivas y poco garantistas al ser aplicadas a las trabajadoras nacionales, se han convertido en un instrumento decisivo para la precarización de las condiciones de trabajo y derechos de las trabajadoras migrantes. A continuación se muestra de qué manera la ley de extranjería refuerza la situación de indefensión y precariedad de estas trabajadoras.

A) Ausencia de prestaciones por desempleo y renovación de permisos de trabajo

Las empleadas que han conseguido un permiso de residencia y trabajo, debido a la ausencia de cotizaciones y prestaciones por desempleo en este régimen especial, llegan a cotizar en momentos de paro ante el temor de no ver renovados sus permisos. La Ley de extranjería exige un mínimo de 6 meses cotizados por año (3 meses en determinados supuestos⁵²) y

el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. En materia de prestaciones, la modificación se ha realizado mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

⁴⁷ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁸ Sin embargo, el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, ratificado por España el 26 de abril de 1985, establece la obligación de que exista un motivo válido para el despido y la oportunidad de cuestionar la terminación. En el mismo sentido, desde 1994, en Francia no se puede despedir a una empleada de hogar si no existen motivos justos y graves que así lo justifiquen, aplicándose en este punto el Código del Trabajo también a las empleadas de hogar (Sentencia de la Sala de lo Social y Laboral del Tribunal de Apelación de 13 de enero de 1994).

⁴⁹ En las legislaciones de Canadá, Austria, República Checa, Bolivia, Brasil o Costa de Marfil, se prohíben los pagos en especie a las empleadas de hogar. (OIT, 2010).

⁵⁰ Se denomina así a las trabajadoras que viven en el domicilio del empleador.

⁵¹ Así lo aconseja la Recomendación 115 de 1961 de la OIT sobre la vivienda de los trabajadores.

⁵² Que la relación laboral no haya finalizado por la baja voluntaria de la trabajadora y que ésta haya buscado activamente empleo y cuente con un contrato de trabajo (art. 54.4 Ley de extranjería).

continuar de alta o en activo en el momento de renovar el permiso de trabajo⁵³. Por tanto, trabajadoras en paro que han estado trabajando y cotizando regularmente, no sólo no cobran una prestación por desempleo sino que ponen de su bolsillo 160 euros cada mes, correspondientes a la cotización a la Seguridad Social, aparentando mantenerse en activo a efectos de la renovación de sus tarjetas de residencia y trabajo. Como consecuencia última, incluso encontrándose en situación de necesidad, pueden llegar a perder ayudas sociales de emergencia porque su informe de vida laboral indica que se encuentran en activo.

Perder el permiso de residencia no significa únicamente abandonar el mercado laboral regulado, sino también la imposibilidad de reagrupar a sus familiares o de volver a entrar en España tras viajar al país de origen para ver a la familia.

B) Trabajadoras sin red social o familiar y sin derecho a prestaciones por desempleo

La ausencia de prestaciones por desempleo en este régimen especial puede llevar también a la aceptación de condiciones inaceptables, como en el caso de empleadas internas sin red social o familiar en España, conscientes de que un despido supone quedarse sin trabajo, sin ingresos y sin casa en un mismo día. La situación de desarraigo familiar en muchas ocasiones guarda una estrecha relación con las dificultades que encuentran las trabajadoras para reagrupar a sus familiares a causa de sus bajos sueldos y la consiguiente dificultad para alquilar una vivienda⁵⁴.

La normativa de extranjería no contempla las especialidades propias de la relación laboral y el régimen de Seguridad Social de las empleadas de hogar⁵⁵, sino que más bien parece pensada para trabajadores y trabajadoras con un estándar mínimo de derechos y protección social, como los del Régimen General.

C) Utilización insuficiente por parte del Gobierno de los visados para búsqueda de empleo

Como ya señalamos anteriormente, la insuficiente convocatoria de visados para búsqueda de empleo dirigidos a trabajadoras del hogar, obliga a éstas a realizar su entrada en España como turistas, con los riesgos que ello conlleva, incorporándose como trabajadoras irregulares al mercado laboral relacionado con los cuidados, de donde salir les costará un mínimo de tres años, según la Ley de extranjería. Es decir, los hogares familiares que lo necesiten van a poder contar durante ese tiempo con el trabajo barato, precario, sumiso y atemorizado de estas trabajadoras, todo ello sin ningún riesgo, ya que la Inspección de Trabajo no puede acceder al domicilio de las y los empleadores. El permiso de residencia por arraigo social es actualmente la vía más utilizada para alcanzar el estatus de residente legal a partir de una situación de estancia irregular.

D) Situación nacional de empleo y “relación de confianza”

No debería ser aplicable el criterio de situación nacional de empleo cuando la oferta de trabajo se realiza a una empleada de hogar extranjera, debido al componente de confianza que caracteriza a esta relación. El Tribunal Supremo⁵⁶ ya estableció en 2008 que el empleo de

⁵³ Según la Ley de extranjería también podrá renovar el permiso de trabajo si se encuentra cobrando una prestación contributiva por desempleo o una prestación económica asistencial destinada a su inserción social o laboral (art. 38.3 Ley de extranjería).

⁵⁴ Más que dificultad, imposibilidad en el caso de las internas.

⁵⁵ Como la especial relación de confianza, las dificultades para su participación en los procedimientos de acceso al permiso de trabajo o la posibilidad, prevista legalmente, de que sean contratadas por varios empleadores en el caso de las trabajadoras denominadas “discontinuas”.

⁵⁶ STS 17 de marzo de 2008.

hogar, máxime cuando se presta en régimen interno, es un puesto de trabajo de máxima confianza, por lo que la preferencia personal del empleador no puede ser sustituida por la Administración. Esta Sentencia, que debería ser respetada por la Administración cuando resuelve las solicitudes de permisos de residencia y trabajo de las empleadas de hogar migrantes, es un argumento más a favor de la regularización de las trabajadoras que cuentan con ofertas de trabajo en firme pero son mantenidas en la economía informal a pesar de que sus propios empleadores han manifestado su voluntad de legalizar la relación.

E) Permisos de residencia por arraigo y “solvencia de los empleadores”

Coincidiendo con la crisis económica se ha comenzado a dificultar la regularización por la vía del “arraigo social” de las empleadas de hogar “sin papeles” que llevan al menos tres años en España y cuentan con una oferta de trabajo. La mayor parte de las resoluciones tienen como motivación estandarizada que “el empleador no acredita solvencia económica suficiente para hacer frente a las obligaciones derivadas de la relación laboral”. En muchos casos, estas denegaciones afectan a ancianos y personas dependientes que no cuentan con importantes ingresos, pero que reciben aportaciones económicas de sus hijos, sobrinos o hermanos en la cantidad suficiente para poder costear los servicios de una cuidadora. En otros casos, se trata de denegaciones arbitrarias en supuestos en los que los empleadores llegan a acreditar ingresos superiores a 3.000 y 4.000 euros, lo que indica una falta de voluntad de la Administración para regularizar a estas trabajadoras.

Una prueba más de esta actitud es la denegación de los permisos de residencia y trabajo por motivos de arraigo a las empleadas de hogar en situación irregular que trabajan en varios hogares en el denominado régimen discontinuo y cuyos empleadores presentan las correspondientes ofertas por las horas que éstas trabajan en cada domicilio. A pesar de que la legislación laboral contempla esta posibilidad dentro del Régimen Especial de empleadas de hogar, la Administración deniega sus solicitudes con el argumento de que no pueden considerarse contratos de trabajo que aseguren una estabilidad durante el periodo para el que se concede el permiso.

Sin embargo, los datos nos muestran que, a pesar de la crisis, el sector no deja de mostrar dinamismo (el régimen de empleadas de hogar es uno de los pocos que ha visto aumentar el número de sus afiliadas⁵⁷), por lo que facilitar el acceso a la regularidad de trabajadoras que desempeñan su trabajo en la economía sumergida implicaría una importante fuente adicional de ingresos, vía impuestos directos y cotizaciones, para las maltrechas arcas del Estado.

F) Penalización de la maternidad: negación del reconocimiento de la nulidad del despido de empleadas de hogar embarazadas

Los Juzgados de lo Social se han negado durante años a reconocer la nulidad del despido de las empleadas de hogar embarazadas, a pesar de que tanto el Estatuto de los Trabajadores⁵⁸ como la Ley de Procedimiento Laboral⁵⁹, la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar⁶⁰ y

⁵⁷ El número de personas afiliadas y de alta en este Régimen no ha dejado de crecer desde 2007: la media anual en 2007 fue de 275.500 personas; en 2008, 280.000; en 2009, 288.000 y en 2010, la media del primer semestre es de 294.100 (Boletín de Estadísticas Laborales del MTIN).

⁵⁸ Todas las normas mencionadas son posteriores al RD 1424/1985 y de rango superior, por lo que éste se debería entender modificado tras su entrada en vigor.

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁶⁰ Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

la Ley de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres⁶¹, fijaban en este supuesto la nulidad del despido, por ser discriminatorio, y la readmisión de la trabajadora.

Las trabajadoras del hogar embarazadas y despedidas se enfrentan a una difícil situación, ya que a la dificultad para encontrar un empleo en su estado, se une la ausencia de prestaciones por desempleo. En cambio, si fueran trabajadoras a las que les fuera aplicable el Régimen General de Seguridad Social, percibirían prestaciones por desempleo y éstas les permitirían “enganchar” con la baja por maternidad y la prestación correspondiente, evitando situaciones de desprotección durante el embarazo y tras el parto.

En abril de 2008 un Juzgado de lo Social de Madrid, dictó la primera sentencia que reconocía la nulidad del despido de una empleada de hogar embarazada y condenaba a los empleadores a readmitirla. La resolución fue toda una noticia y apareció en los medios de comunicación⁶².

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶³, en respuesta al recurso presentado por los empleadores, sentenció que, aunque el despido debía considerarse nulo, dado el choque que se producía en estos casos entre dos derechos fundamentales, como son el derecho de la trabajadora embarazada a no ser discriminada por motivo de su embarazo, frente al derecho del empleador a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, el mismo no podía conllevar la readmisión (como en cualquier despido nulo) sino una indemnización cualificada, superior a la habitual en supuestos de despido improcedente de empleadas de hogar. El Tribunal estableció en este supuesto una indemnización de 45 días por año para la empleada de hogar embarazada y despedida que, aunque es la indemnización que fijaba el Estatuto de los Trabajadores para los despidos improcedentes, en el caso de una empleada de hogar ha de entenderse como cualificada, ya que la indemnización que percibiría de acuerdo al RD 1424/85 sería inferior a la mitad (20 días). El interés en destacar esta Sentencia se debe a que podemos afirmar que representa la única mejora que han experimentado las condiciones laborales de las empleadas de hogar en 25 años.

4. REFLEXIONES FINALES SOBRE VÍAS DE PROTECCIÓN DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR MIGRANTES

Se debe incidir en la protección de las empleadas de hogar migrantes mediante la modificación tanto de la legislación de extranjería como de la normativa específica sobre el empleo de hogar, pues su situación de especial vulnerabilidad viene determinada por la intersección entre ambas.

En relación al empleo de hogar, urge mejorar la regulación de la relación laboral de las empleadas de hogar y su Régimen Especial de Seguridad Social⁶⁴, acercándolos al Estatuto de los Trabajadores y al Régimen General del que disfrutan el resto de trabajadores y trabajadoras. Si acaso se quisiera mantener alguna peculiaridad, ésta debería estar debidamente justificada. La especialidad de la relación no puede suponer un menoscabo de los derechos de las trabajadoras sino, en todo caso, el establecimiento de vías “especiales” de acceso a los derechos y a la protección de los mismos. Una diferente protección no tiene que llevar aparejada necesariamente una discriminación hacia las trabajadoras migrantes.

⁶¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

⁶² “El despido de una asistente por su embarazo es nulo”, El País, 22 de abril de 2008.

⁶³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de noviembre de 2008.

⁶⁴ En este sentido, el 9 de diciembre de 2009, se aprobó por unanimidad en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Senado una moción por la que se instaba al Gobierno a adoptar medidas para reforzar los derechos del colectivo de empleadas de hogar. (Ver Diario de Sesiones, pag.13).

Actualmente, figuras como el desistimiento del empleador, la percepción de hasta el 45% del salario en especie o la falta de protección frente al desempleo, pueden considerarse arbitrarias y carentes de justificación, en la medida en que sólo tendrían como finalidad un menor reconocimiento de derechos laborales para las trabajadoras de este sector, difícilmente defendible conforme al principio de igualdad de trato y no discriminación. La OIT, en su Informe de 2010, “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”, señala que en toda nueva legislación sobre la materia se deberá tener presente el carácter singular del empleo de hogar, pero al mismo tiempo se deberá promover la igualdad con los demás empleos asalariados⁶⁵.

El proceso de reforma debería en todo caso abordarse con la participación de las asociaciones de empleadas de hogar e incluso con asociaciones de empleadores si las hubiera. La escasa o nula representación que los sindicatos tienen en el sector no asegura a las empleadas de hogar una adecuada defensa de sus intereses en los procesos de diálogo social que pueden preceder a un cambio legislativo.

Otra opción posible para materializar la mejora de las condiciones laborales de las empleadas de hogar sería la negociación de un convenio colectivo⁶⁶ que regulara los aspectos básicos de la relación. Del mismo modo, debería estudiarse la vía legal para facilitar la participación de las trabajadoras del hogar en las negociaciones.

En cuanto a las empleadas de hogar migrantes, además habría que tomar medidas relacionadas con su acceso al mercado laboral formal, con el objeto de suprimir los obstáculos añadidos que la legislación y la práctica administrativa de extranjería les imponen. Como ya señalábamos anteriormente, el paso a la economía formal supondría una disminución del nivel de vulnerabilidad de las trabajadoras en sus trayectorias laborales, así como un importante ingreso para las arcas del Estado en tiempos de crisis

En el mismo sentido, sería deseable promover una ampliación de la perspectiva de género en la legislación de extranjería. Si bien esta normativa ya tiene una especial consideración hacia las víctimas de violencia doméstica y de trata, como ya hemos señalado⁶⁷, también podría hacer extensivo su trato diferenciado a las empleadas de hogar migrantes, que sin ser víctimas de un delito, como las anteriores, sí se encuentran en una situación especialmente vulnerable. La Ley de extranjería debería tener en cuenta la ausencia de protección por desempleo que afecta a las empleadas de hogar o las dificultades a las que se enfrentan cuando quieren ser madres o reagrupar a sus familias, reflejando estas peculiaridades en los artículos relativos a la reagrupación familiar o a la obtención y renovación de los permisos de trabajo, facilitando asimismo la reagrupación de ascendientes, que son quienes permiten a las trabajadoras migrantes conciliar su propia vida personal y laboral.

⁶⁵ La OIT está estudiando la adopción de un Convenio, complementado con una Recomendación, en materia de empleadas de hogar. (OIT, 2010).

⁶⁶ Como en el caso de Francia, Bélgica o Italia donde organizaciones de empleadores que participan en las negociaciones, actúan como contrapeso de los sindicatos que intervienen en nombre de las empleadas de hogar. (OIT, 2010).

⁶⁷ Aunque las dos últimas reformas de la Ley de extranjería incluyen una cierta sensibilidad hacia las cuestiones de género, las disposiciones relativas a la protección de las víctimas de violencia doméstica o de trata con fines de explotación sexual son claramente mejorables. La desaparición de los mecanismos sancionadores que terminan penalizando a las denunciantes es una cuestión prioritaria si el objetivo a alcanzar es la detección de casos de violencia de género o el desmantelamiento de redes de trata de personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo y Arango, Joaquín (eds.) (2006), *Veinte años de inmigración en España: perspectiva jurídica y sociológica*. Fundación CIDOB, Barcelona.
- Amnistía Internacional (2005), *Inmigrantes indocumentadas: ¿hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?*. (<http://www.es.amnesty.org/paises/espana/violencia-de-genero/>).
- Amnistía Internacional (2007), *Más riesgos y menos protección: mujeres inmigrantes frente a la violencia de género*. (<http://www.es.amnesty.org/paises/espana/violencia-de-genero/>).
- Colectivo IOE (2001), *Política migratoria en España en el marco europeo*, Éxodo, nº 58, pags.31-42. (<http://www.colectivoioe.org/uploads/6c6cab95839e7b00417fa477f579e7c8f862c97b.pdf>).
- Consejo Económico y Social (1999), *La economía sumergida en relación a la Quinta Recomendación del Pacto de Toledo*.
- Consejo Económico y Social (2009), *El empleo de la rama de hogares en crisis: cuestionando algunos tópicos*. Cauces. Cuadernos del Consejo Económico y Social, nº10.
- FUHEM (2006), V Informe de Políticas Sociales, *La exclusión Social y el Estado de Bienestar en España*, Icaria.
- Gil Araujo, Sandra (2005), *Papel de los países de origen y de tránsito en el control migratorio comunitario*, Revista Pueblos, julio 2005. (<http://www.revistapueblos.org/spip.php?article1149>).
- Izquierdo, A. (2003), *Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España*, CES.
- Muñoz Aunión, Antonio (2008), *Política Migratoria de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- OCDE (2010), *International Migration Outlook: SOPEMI 2010*.
- OIT (2010), Informe IV, *Trabajo Decente para los Trabajadores Domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión. (http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/dw_sp.pdf).
- Parella, Sonia (2003), *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Barcelona. Ed. Anthropos.