

# EL INMIGRANTE IRREGULAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUJER INMIGRANTE OBJETO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

MARÍA LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CIERRE DE FRONTERAS Y SUS EFECTOS.—III. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTEGRACIÓN: 3.1. *La concepción del ciudadano-nacional como categoría excluyente.* 3.2. *El status jurídico-constitucional del extranjero en España.* 3.3. *El desarrollo legislativo del status jurídico-constitucional del extranjero en España.*—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La feminización paulatina de los flujos migratorios es un hecho constatado hace bien poco tiempo (1) y, como consecuencia de ello y hasta el momento, encontramos pocos trabajos de investigación dedicados al problema de la mujer migrante que, en muchas ocasiones, no sólo sufre la discriminación económica a la que se ven sujetos todos los inmigrantes, en concreto los pobres, esto es, la denominada «raza maldita» por el profesor Savater, sino que, además, a ello se añade una discriminación de género por el hecho de ser mujer.

Pues bien, dentro del grupo de las féminas migrantes existe un importante colectivo de mujeres que está viviendo, en pleno siglo XXI, una situación realmente dramática en los denominados países desarrollados, en tanto en cuanto víctimas de explotación sexual. Y ante esta realidad es preciso reaccionar, no sólo por parte del poder público, impulsando políticas sociales e ideando me-

---

(1) Por otra parte, y aunque la migración dependiente del cónyuge a través de la reagrupación familiar es alta, se empieza a constatar el aumento de la migración femenina autónoma; R. MESTRE: «Inmigración, exclusión y derechos», *Inmigración y Derechos*, ed. Mira, Huesca, 2001, págs. 104-105.

canismos jurídicos realmente eficaces, y por ende, capaces de erradicar este problema, sino también desde el ámbito de la sociedad civil, si bien somos conscientes de la utilización de los medios de comunicación para condicionar —voluntaria o involuntariamente— la opinión pública en un determinado sentido (contrario a determinado tipo de inmigración) a través de la cada vez más habitual difusión de mensajes sobre la escasez de recursos en el Estado, por los que ahora vienen a competir unos sujetos que, ¡qué cínicamente se mantiene esta tesis!, no han contribuido a la construcción de la riqueza nacional (2), o bien para advertir a los ciudadanos del «país de acogida» del incremento de la inseguridad ciudadana que provoca la «invasión» de inmigrantes legitimando, a través del miedo (3), las políticas policiales de contención de la inmigración que se vienen realizando y que, frecuentemente, en su discurso olvidan que los inmigrantes constituyen (lo han demostrado en otras ocasiones) factores importantes de riqueza porque «no sólo nos aportan su mano de obra, sino que son una estimable base de consumo, una corrección de acusados desequilibrios demográficos, y unos financiadores netos de nuestros sistemas de bienestar» (4).

En cualquier caso, y habida cuenta de que las mujeres sujetas a explotación sexual son hoy día, habitualmente inmigrantes, y todavía más habitualmente, inmigrantes irregulares, parece conveniente circunscribir nuestro trabajo a este tema, aunque nos gustaría anticipar que consideramos que la línea restrictiva de la reforma 8/2000, al dificultar la obtención de la documentación que permite entrar legalmente en el territorio español y restringir al mínimo los derechos de los «sin papeles», favorece el negocio de las mafias que se dedican al tráfico ilegal de personas (5) y fomenta la desintegración del irregular que,

---

(2) En cualquier caso, la ecuación cuatro millones de inmigrantes/cuatro millones de parados no sirve puesto que no se trata de los mismos sectores de actividad ni de las mismas cualificaciones; C. WIHTOL DE WENDEN: *¿Hay que abrir las fronteras?*, ed. Bellaterra, Barcelona, 2000, pág. 80. De todas formas, con estas afirmaciones no hacemos un favor a los derechos de la población inmigrante, pues estamos defendiendo su derecho al trabajo apoyándonos en que «hacen trabajos que los españoles no queremos». Parece preciso, pues, defender el derecho de los extranjeros a competir en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los autóctonos porque, de esta manera, aunque la competencia pueda aumentar, también aumenta la capacidad reivindicativa frente al empresario; M. PAJARES: *La inmigración en España*, ed. Icaria, Barcelona, 1999, págs. 248-251.

(3) Un miedo que, por otra parte, constituye el único elemento de legitimación en el que se apoya el poder que no tiene ninguna voluntad de democratizarse y socializarse; J. DE LUCAS: «Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España», *Trabajadores migrantes*, ed. Germania, Valencia, 2001, pág. 37.

(4) M. PIMENTEL SILES: «Procesos migratorios, economía y personas», *Mediterráneo Económico. Colección de estudios socioeconómicos*, núm. 1, 2002, pág. 16.

(5) Que «se aprovechan de la situación de los irregulares para mantener situaciones de explotación (redes de prostitución, talleres clandestinos) que no pueden dejar de evocar el meca-

hasta tanto en cuanto no se planteen soluciones a las causas de sus problemas, seguirá llegando a España a pesar del cierre de fronteras con la «ayuda» o sin la «ayuda» de estas mafias, y seguirá incrementando así la cifra de indocumentados, víctimas fáciles, por tanto, de cualquier tipo de explotación, laboral o sexual.

## II. EL CIERRE DE FRONTERAS Y SUS EFECTOS

Las causas de los flujos migratorios pueden ser múltiples y varían en función del sujeto que decide emprender la marcha aunque, sin embargo, los factores fundamentales que han impulsado los movimientos de personas han sido y son, por un lado, los desequilibrios económicos existentes entre los países desarrollados y los denominados países en vías de desarrollo (azotados a su vez por un reparto de la riqueza interna escandalosamente desigual) y, por otro, la falta de libertad propia de regímenes no democráticos (en sus diferentes versiones) siendo cierto, en cualquier caso, que los desequilibrios económicos y sociales aparecen frecuentemente ligados de forma inescindible.

Y no olvidemos, por otra parte, que las grandes diferencias existentes entre las diversas partes del globo terráqueo han respondido a un liberalismo sin reglas consistente en políticas de explotación de la riqueza de muchos países, que se han ido empobreciendo, en beneficio de unos pocos países que, sin embargo, se han ido enriqueciendo a su costa y que han consentido finalmente en la instalación de regímenes no democráticos que han provocado, entre otras cosas, un incremento de las diferencias económicas entre los propios ciudadanos de los países de origen hoy insostenible, colocando así a la gran mayoría de su población en una situación realmente desesperada y que, por consiguiente, no atiende a políticas de cierre de fronteras, que por otra parte y mientras ha interesado no han sido las políticas migratorias que han caracterizado a los Estados europeos (6), sino que se mueve impulsada, exclusivamente, por el deseo de encontrar una vida que, con poco, será mejor que la que se pretende dejar atrás.

Por ello, y sin olvidar en cualquier caso la necesidad de lograr que los países de origen se corresponsabilicen y así se impliquen en la gestión de los flu-

---

nismo y la función socioeconómica de una institución clásica, la esclavitud»; J. DE LUCAS: «La regularización no es la solución», *Informe anual 1999 sobre el racismo en el Estado español*, ed. Icaria, Barcelona, 1999, pág. 44.

(6) Una visión de los movimientos migratorios en los siglos XIX y XX en P. AGUELO NAVARRRO: «Derechos humanos y legislaciones de extranjería», *Inmigración y...*, ob. cit., págs. 217-221; B. SÁNCHEZ ALONSO: «La época de las grandes migraciones desde mediados del siglo XIX a 1930», *Mediterráneo...*, ob. cit., págs. 19-32.

jos migratorios (7), consideramos que son los países desarrollados los que, habiendo consentido e incluso provocado esta situación, tienen el deber, y por qué no decirlo, incluso la necesidad de poner solución a estos problemas a través de una política de regulación de los flujos migratorios adecuada que, desde luego, no es la que hasta el momento ha sido imperante en los Estados miembros de la Unión Europea (8), que ha planteado la inmigración como una cuestión de orden público y de mano de obra apoyándose en una estrategia fundamentalmente *coercitiva y defensiva* o *policial* que ha desembocado en un cierre de fronteras que busca, con poco éxito (algo clarísimo a la vista del incremento del número de indocumentados que cada día llegan a ellos), poner coto a los flujos migratorios *que no interesan* y, por ello, *instrumental*, no humanitaria, consintiendo aquellos flujos migratorios que aportan beneficios desde la perspectiva de mercado, tratando a las personas como si fuesen mercancías (9) en un momento en el que, sin embargo y paradójicamente, las fronteras permanecen abiertas a la libertad de circulación de la información, bienes y capitales. Una política de cierre de fronteras que, por otra parte, no sólo no ha conseguido evitar la llegada de inmigrantes a los países que la practican sino que, además, resulta ineficaz para potenciar las denominadas migraciones pendulares, esto es, aquellas en las que después de la partida se produce una vuelta al país de origen (10) y que ha beneficiado, en definitiva, el negocio de las redes que se dedican al tráfico y explotación laboral y/o sexual de personas.

---

(7) Algo, por otra parte, difícil. A las élites dirigentes de los países emisores de flujos migratorios les viene bien esta situación y, pensando exclusivamente en su presente, gozando de un poder ilimitado que se apoya en la propia desgracia de sus súbditos, van incrementando su riqueza olvidando que están hipotecando el futuro de su país. Pero para entonces ellos ya no estarán y sus descendientes podrán, si lo desean o se ven en la necesidad, aprovecharse de abultadas cuentas corrientes para salir del infierno. Esto es, las clases dirigentes no van a sentirse, generalmente, identificadas con proyectos destinados a reducir las diferencias que les alejan de sus súbditos. Sobre estas cuestiones véase J. GOYTISOLO y S. NAIR: *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en Europa*, ed. Aguilar, Madrid, 2000.

(8) Un examen fundamentalmente descriptivo del conjunto de disposiciones legales relativas a la política migratoria a nivel comunitario véase en I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2001.

(9) «El inmigrante está en la sociedad receptora no como sujeto sino como objeto, simple mano de obra que, en principio, no busca un nuevo hogar ni una nueva ciudadanía»; A. SOLANES CORELLA: «Sujetos inmigrantes al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles», *Trabajadores...*, ob. cit., pág. 62. Esta misma autora y en el mismo sentido en «Inmigración y derechos humanos», *Mediterráneo...*, ob. cit., págs. 110-111.

(10) Se constata que, en efecto, cuanto más abiertas están las fronteras, menos tienden los emigrantes a instalarse y que cuanto más cerradas están, más tendencia existe a quedarse; C. WIH-TOL DE WENDEN: *¿Hay que abrir las...?*, ob. cit., págs. 24, 45, 69-70.

Como señala el profesor Javier de Lucas, las regularizaciones —aunque son un instrumento coyuntural que puede acabar, al menos temporalmente, con la penosa situación de los que han tenido la suerte de estar en ese momento ahí— no son ninguna solución al problema de los flujos migratorios (que nunca son casuales) y, en consecuencia, resulta preciso realizar un planteamiento global del hecho migratorio que atienda a las causas que generan este fenómeno para actuar sobre las mismas (11). Lo que debemos hacer es «luchar contra el “efecto salida”, las situaciones de miseria y falta de libertad de los países de origen de la inmigración» (12). Si, como hemos señalado, parece bastante evidente que han sido fundamentalmente los desequilibrios económicos los que han conducido a esta situación, solamente será adecuada aquella política migratoria que busque eliminar el origen del problema a través de medidas de cooperación económica pero, especialmente, a través de mecanismos de codesarrollo que deben sustituir la tradicional visión asistencial/paternalista de la cooperación a secas y repercutir de forma beneficiosa en los países de origen (13), desincentivando el deseo de salir de estos países y/o incentivando la intención de volver a ellos. Y, en este sentido, consideramos que se han apuntado soluciones muy acertadas en la obra de Juan Goytisolo y Sami Naïr orientadas, fundamentalmente, a conseguir que el inmigrante se implique en el desarrollo de su país de origen (14), dirigiendo sus ahorros al mismo y creando sistemas de financiación de proyectos de desarrollo en los países empobrecidos, atribuyendo su gestión a sus propios emigrantes (15). La perdurabilidad o no de los movimientos migratorios difícilmente depende de forma exclusiva del proyecto migratorio inicial de los sujetos migrantes; en muchas ocasiones este proyecto no existe y, en otras muchas, su dirección puede cam-

(11) J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., pág. 45.

(12) J. DE LUCAS: «Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España», *Trabajadores...*, ob. cit., pág. 54.

(13) Sobre el peligro de que la idea de codesarrollo se utilice de forma interesada para reforzar la influencia de unos países sobre otros, véase J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., págs. 47-48.

(14) Consideran, en definitiva, que una auténtica política de codesarrollo se debe fundamentar en la sociedad civil, movilizándolo a los propios inmigrantes por el futuro de su país; J. GOYTISOLO y S. NAÏR: *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la...*, ob. cit., págs. 69-76.

(15) Hasta tanto en cuanto esta política no dé sus resultados, nos parece que las propuestas que proponen desvincular residencia y trabajo, permitiendo la entrada en territorio nacional para efectuar una búsqueda de empleo, son muy interesantes para luchar de forma efectiva contra la entrada clandestina y, por consiguiente, contra las mafias que trafican ilegalmente con personas. En este sentido véase A. DE SOLANES: «Sujetos inmigrantes al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles», *Trabajadores...*, ob. cit.

biar (16), siendo obligado para los Estados miembros de la Unión Europea fomentar aquellas modificaciones en los proyectos migratorios individuales que contribuyan al desarrollo de los propios países de origen.

Soluciones de este tipo, en cualquier caso, sólo manifestarán sus resultados a largo plazo (17) y, probablemente, en el corto e incluso medio plazo, impliquen la asunción de algún tipo de sacrificio por parte de los países ricos y de su población; países que, sin embargo y a pesar de la situación actual, todavía hoy siguen pendientes de las devoluciones de la deuda, continúan vendiendo armas reforzando así las situaciones bélicas, acogen inversiones ilegales de las élites de los países empobrecidos, admiten mano de obra cualificada a bajo coste, no se inmutan ante la instalación de las grandes multinacionales en los países subdesarrollados para procurarse el aumento de los beneficios reduciendo en gastos sociales y salarios... (18).

Sin embargo, lo cierto es que no nos parece factible que se hagan hueco en los programas políticos aquellos planteamientos ideológicos que no planteen proyectos capaces de dar resultados en el corto plazo porque, en definitiva, parece que nadie, de forma aislada, quiere asumir el coste electoral de una política que, aunque buena a largo plazo, inicialmente exigirá sacrificios a la población de los Estados ricos (19). Mientras algunos partidos gritan consignas permanentes contra la inmigración, los partidos que se podrían definir más progresistas, con la intención de mantener su rédito electoral, procuran soslayar o al menos no afrontar en términos claros el tema (20). El problema de la inmigración, pues, precisa de una respuesta global, más allá de la que puedan aportar los Estados nacionales de forma individual o un partido político concreto y, en cualquier caso, precisa de una inversión que, por generar resultados a largo plazo, comprometerá probablemente a varias generacio-

---

(16) C. BLANCO: *Las migraciones contemporáneas*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pág. 71.

(17) Por ello hay que disociar desarrollo y disminución de las migraciones en el corto plazo pues, en el corto y medio plazo, el desarrollo puede incitar todavía más a salir del país de origen; C. WIHTOL DE WENDEN: *¿Hay que abrir las...?*, ob. cit., págs. 86 y 89. Véase, igualmente, B. SÁNCHEZ ALONSO: «La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930», *Mediterráneo...*, ob. cit., pág. 29.

(18) J. GOYTISOLO y S. NAÏR: *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la...*, ob. cit., pág. 27.

(19) En el caso español, la falta de visión a largo plazo de este fenómeno ha provocado reformas y modificaciones normativas no siempre consistentes durante las dos últimas décadas del siglo XX y el siglo XXI; B. RUIZ LÓPEZ y E. J. RUIZ VIEYTEZ: *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pág. 34.

(20) M. PAJARES: *La inmigración en...*, ob. cit., pág. 324.

nes (21). Sin embargo y desgraciadamente al día de hoy, esta cuestión se sigue enfocando a través de políticas improvisadas pendientes de resultados electorales concretos (22) y afirmaciones como las recogidas en el programa gubernamental español Greco (23) o en la Comunicación 757 de la Comunidad Europea del 22 de noviembre de 2000 (24) no constituyen sino simples declaraciones de intenciones que finalmente nada tienen que ver con el proyecto político-normativo existente en la materia.

Nada, de momento, nos conduce a ser optimistas. Ni siquiera el aviso que estamos recibiendo de los comicios electorales que han tenido lugar recientemente en Europa y que están dando porcentajes de apoyo significativos a los partidos radicales que mantienen posiciones xenófobas y contra la inmigración ha provocado un replanteamiento de las «soluciones» que se han ido articulando para controlar el fenómeno. En concreto, en España, investigaciones recientes están poniendo de manifiesto cómo los anhelos de igualdad ideológicos se convierten en *tolerancia del otro* en la vida cotidiana y en negación de esa igualdad en contextos de conflicto (25).

En definitiva, los Estados miembros de la Unión Europea continúan apostando por una política de cierre de fronteras que no ha hecho sino potenciar el tráfico ilegal de personas que, una vez dentro, son objeto de explotación laboral y/o sexual. Las indicaciones europeas para solucionar este problema siguen obviando que, mientras continúen las causas que mantienen este negocio, que bebe de la desigualdad económica y social existente entre los países ricos y los países pobres, el problema no desaparecerá. El legislador español, por su parte y siguiendo los postulados que ha sentado la Unión Europea en la materia, se ha apoyado fundamentalmente en dos mecanismos para luchar contra las organizaciones implicadas en la trata de mujeres: el instrumento punitivo, a través del cual se sancionan de forma contundente estas conduc-

---

(21) J. M. ROSALES: «El coste de los derechos cívicos y la inversión de la inmigración», *Inmigrantes y...*, ob. cit., págs. 72-74.

(22) Las respuestas jurídicas que se dan a este problema sólo constituyen una forma de gestionarlo para obtener beneficios en el mercado electoral interior; J. DE LUCAS: «Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España», *Trabajadores...*, ob. cit., pág. 37.

(23) Que se puede consultar en el *BOE* núm. 101, de 27 de abril de 2001.

(24) Sobre los planteamientos de esta Comunicación véase J. DE LUCAS: «Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España», *Trabajadores...*, ob. cit., págs. 48-49.

(25) Al respecto véase el estudio sociológico realizado por L. GIMENO JIMÉNEZ: «Opiniones hacia la inmigración. Relación entre las investigaciones cualitativas y cuantitativas», *Opiniones y Actitudes*, núm. 34, CIS, Madrid, 2001.

tas (26), y la posibilidad que se da a las mujeres que deciden colaborar con las autoridades estatales en la persecución de estas mafias de optar, bien por el retorno al país de procedencia, bien por regularizar su situación en España a través de la obtención de los papeles, lo que las convertiría en inmigrantes regulares, con las consiguientes ventajas que se derivarían de ello (27).

Sin embargo, la decisión sobre la esencialidad o no de los datos aportados a la investigación y, por consiguiente, del valor de la cooperación de estas mujeres a los efectos de beneficiarse de la opción establecida por la ley orgánica, dependerá de la voluntad de la Administración al respecto (28) y, en cualquier caso, no podemos obviar que la decisión de colaborar con el Estado en este terreno no resulta en absoluto sencilla, pues el fenómeno del tráfico de seres humanos se articula actualmente sobre los esquemas propios de un sistema de criminalidad organizada que actúa más allá del Estado nacional, y que tiene absolutamente amenazadas, no sólo la integridad física y moral, incluso la vida de las mujeres en cuestión, que viven situaciones de auténtico secuestro, sino también la de los familiares que dejaron al abandonar el país de origen. Seamos razonables. La denuncia de estas situaciones no es una decisión fácil porque reclamamos a la mujer que se enfrente, no a un sujeto o sujetos determinados, sino a toda una peligrosa organización completamente articulada que actúa más allá del Estado nacional (29) y que, en muchas ocasiones, no se limita a la trata de seres humanos, sino que extiende su actividad ilegal implicándose en otros negocios como la droga, las armas, la pornografía, en definitiva, el cri-

---

(26) Según la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras su modificación por la LO 8/2000, de 22 de enero, la inducción o promoción, formando parte de una organización con ánimo de lucro, de la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no sea considerado delito, constituye una infracción administrativa muy grave, sancionable con multa (que puede ser sustituida por la sanción de expulsión si se trata de un extranjero) de 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas (arts. 54, 55 y 57 LOE). Si los extranjeros, residentes o no, han sido condenados penalmente por conductas propias del tráfico ilegal de personas (arts. 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 CP), entonces la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad (art. 57.8 LOE).

(27) Al respecto, véase el art. 59 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras su modificación por la LO 8/2000, de 22 de enero, y el art. 94 RD núm. 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la anterior Ley Orgánica (BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001).

(28) M. F. MASSÓ GARROTE: *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, ed. La Ley, Madrid, 2001, págs. 371-372.

(29) Presentando el fenómeno como criminalidad organizada, transnacional y apoyada en la desigualdad y la pobreza véase M. L. MAQUEDA ABREU: *El tráfico sexual de personas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 18-22.

men organizado a escala internacional. Queremos decir con esto, finalmente, que la colaboración se producirá en un número reducido de casos en los que, de cualquier forma, recae en el Estado la obligación de proteger a aquellas mujeres que deciden asumir los riesgos, previendo los medios personales y materiales que sean necesarios al respecto lo que, probablemente, incentivará unas denuncias que no pondrán sin embargo fin al problema en tanto en cuanto no se planteen soluciones destinadas a erradicar su origen, esto es, las situaciones de miseria y falta de libertad propias de los países empobrecidos.

### III. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTEGRACIÓN

#### 3.1. *La concepción del ciudadano-nacional como categoría excluyente*

El establecimiento de políticas adecuadas de regulación de los flujos migratorios no resolvería, sin embargo, el problema de integración de los inmigrantes, regulares o irregulares, que deciden permanecer en el país de «acogida»; una integración que sólo puede ser planteada en términos de multiculturalidad abierta y cohesionada (30), esto es, apoyada en el lema de la *igualdad en la diversidad* y en un proceso de interacción bidireccional (31) que va más allá de las manifestaciones simbólicas y meramente folklóricas al respecto y que, desde el punto de vista jurídico, exige el reconocimiento previo de derechos a estos sujetos, incluidos por supuesto y de manera fundamental, aquellos derechos que garantizan la participación del individuo en el debate público de forma mediata (asociación, reunión, sindicación, huelga) e inmediata (derecho de sufragio) (32), pues no olvidemos que los derechos de participación política, al permitir constituirse en grupo social con relevancia pública, conforman a su vez la garantía sustancial de los derechos de autonomía y de los derechos

(30) Sobre esta cuestión véase M. GASCÓN ABELLÁN: «La responsabilidad de los jueces ante la integración», *Jornadas sobre Inmigración y Derecho*, abril 2002.

(31) La integración no puede definirse unidireccionalmente, sugiriendo que el anfitrión engulle al de fuera permaneciendo inalterado. La integración implica una adaptación mutua; J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., págs. 49-50.

(32) Se ha defendido la atribución a los extranjeros de los derechos políticos en el ámbito municipal y autonómico; véase la obra de M. F. MASSÓ GARROTE: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, ed. Colex, Madrid, 1997. Pero incluso también en el Estado; J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., págs. 58-59.

sociales (33), debiéndose prevenir, respecto a estos últimos, sobre las intencionadas consignas que, trasladando la responsabilidad social a la solidaridad de los agentes privados voluntarios, contribuyen a legitimar el desmantelamiento del Estado del bienestar —que ya en el caso español está relativamente poco avanzado con respecto a otros países europeos— y justifican, por consiguiente, la inactividad estatal con respecto a la garantía de los derechos sociales que dejan así de ser objetivo de políticas públicas (34). En definitiva, un sistema democrático no puede reducirse al reconocimiento de los derechos más elementales, aquellos respecto de los cuales *se presume* una mayor vinculación con la dignidad de la persona. Es más, si por algo se distingue una democracia es por la capacidad del sujeto para participar en los asuntos públicos que moldean la comunidad en la que permanece inserto (35). El reconocimiento separado de tipos de derechos (el *status libertatis* o esfera de autonomía del individuo frente al Estado y el *status civitatis* o derecho a participar en la formación de la voluntad estatal) puede conducirnos a la ineficacia de los derechos que el ordenamiento jurídico atribuye formalmente a los no nacionales (36).

---

(33) Como señala la profesora MARINA GASCÓN ABELLÁN, la precariedad en el status jurídico de los inmigrantes deriva de la propia privación de los derechos de participación política (mucho más agravada en el supuesto de los irregulares) que, en definitiva, constituyen la garantía general de los derechos que sí les son *formalmente* reconocidos, cuya efectividad depende de la capacidad que tengan sus titulares para articularse como fuerzas sociales concretas con relevancia pública; en «La responsabilidad de los jueces ante la integración», *Jornadas sobre Inmigración y...*, ob. cit., pág. 17.

(34) En este sentido véase B. RUIZ LÓPEZ y E. J. RUIZ VIEYTEZ: *Las políticas de inmigración: la legitimación de la...*, ob. cit., págs. 63-67; A. HIDALGO LAVIÉ: «El sistema de servicios sociales destinado a los inmigrantes en España. Riqueza privada, pobreza pública», *Retos de la inmigración en España. Reflexiones, sugerencias, sensibilidades*, ed. Servicio de Publicaciones de la Diputación de Cádiz, 2001, págs. 106-107.

(35) Un análisis de las expectativas que abría la LO 4/2000, antes de su reforma, a la participación pública de los extranjeros en el ámbito municipal en E. AJA y otros: *La nueva regulación de la inmigración en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 65-69.

(36) Téngase en cuenta que la protección jurisdiccional de los derechos siempre será un mecanismo subsidiario al que tienen difícil acceso las minorías, sobre todo en el caso de los inmigrantes indocumentados, por la restricción al mínimo de su derecho a la asistencia jurídica gratuita. Además, funciona sólo *a posteriori*, esto es, cuando la violación del derecho ya ha acontecido. Queremos resaltar, sin embargo, la importante función que el ordenamiento jurídico español confiere a los jueces cuando el asunto llega a sus manos pues, como señala la profesora MARINA GASCÓN ABELLÁN, éstos son garantes de la legalidad pero al tiempo también lo son de los derechos y, por ello, pueden utilizar frente a la obra legislativa mecanismos tales como la cuestión de inconstitucionalidad y la inaplicación judicial de la ley que se oponga al tratado internacional; en «La responsabilidad de los jueces ante la integración», *Jornadas sobre Inmigración...*, ob. cit.,

Sin embargo, el paradigma constitucional actual mantiene un concepto de ciudadanía ligado a la nacionalidad que constituye «el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales» (37) porque, en definitiva, permite la exclusión o modulación del goce y disfrute de los derechos por parte de los extranjeros, una postura ésta que, lejos de debilitarse, aparece recientemente reforzada en el ámbito comunitario a través de un concepto de «ciudadanía europea» que, como ha señalado el profesor Ferrajoli, no constituye más que un nuevo status de privilegio reforzado, una nueva metáfora de la exclusión (38) al pretender reforzar la situación de los nacionales de los Estados miembros. Se pone así de manifiesto que la cuestión de la extranjería constituye uno de los ejemplos más claros del desfase existente entre lo social y lo político en la medida en que no afrontamos las profundas modificaciones que desde el punto de vista jurídico-político exigen las grandes transformaciones que se están produciendo en la sociedad (39).

Resulta necesario, como señala la profesora Gascón Abellán y a pesar de la dificultad que ello entraña, acometer la revisión de este concepto de ciudadano-nacional (40) que, frente al modelo del ciudadano-persona, ha venido a justificar la exclusión de una buena parte de la población (41). Un modelo éste que legitima la existencia de una ciudadanía excluyente incompatible con el proyecto ilustrado, del que pretende seguir bebiendo nuestra cultura y en virtud del cual «lo que cimenta una nación no es la raza, ni las tradiciones, ni la religión, sino el reconocimiento de la dignidad, de la autonomía y de la igualdad

---

pág. 3. A esto añadimos el deber del juez de inaplicar el reglamento o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley, o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ) y el posible control de ilegalidad del reglamento (arts. 25-27 LJCA).

(37) L. FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 117.

(38) En J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., pág. 37.

(39) J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., págs. 35-36.

(40) FERRAJOLI se muestra optimista y sostiene que «a largo plazo —en el que las interdependencias, los procesos de integración y las presiones migratorias están destinadas a aumentar— esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatistas, por su carácter cada vez más insostenible y explosivo, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatización de las nacionalidades», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Trotta, 2001, pág. 43.

(41) M. GASCÓN ABELLÁN: «La responsabilidad de los jueces ante la integración», *Jornadas sobre Inmigración y...*, ob. cit., pág. 2.

entre sus miembros» (42). La categoría del ciudadano-nacional provoca una diferenciación injustificada en el Estado de Derecho fiduciario del pensamiento ilustrado, esto es, una discriminación entre ciudadanos y extranjeros en cuanto al goce y disfrute de los derechos que «proclamamos, en cuanto humanos, universales» (43) y que no contribuye sino a consolidar la situación de servidumbre en la que viven los extranjeros, en especial, los extranjeros pobres y, por ello, habitualmente irregulares, que se ven abocados definitivamente a una situación de auténtica «muerte civil» (44). Una situación ésta de invisibilidad que se agrava en el caso de la mujer inmigrante irregular por el tipo de trabajo que la mayoría de ellas realizan (fundamentalmente servicio doméstico acompañado en la mayor parte de los casos del cuidado de los niños y/o enfermos de las familias españolas, un sector, como sabemos todos, escasamente protegido por el mercado de trabajo y, como tal, normalmente penoso en cuanto a sus condiciones), y todavía más en el caso de la mujer inmigrante irregular víctima de las redes de prostitución que la explotan, en tanto en cuanto ésta difícilmente podrá ejercer derechos aunque le sean reconocidos por el ordenamiento jurídico (lo cual no puede justificar en modo alguno la falta de reconocimiento de los mismos) debido a las situaciones de auténtico secuestro de las que son objeto y a las que ya nos hemos referido (45).

### 3.2. *El status jurídico-constitucional del extranjero en España*

Pero lo cierto es que, a pesar de las objeciones formuladas al respecto, la nacionalidad continúa siendo el criterio determinante para modular, incluso excluir, el ejercicio del derecho fundamental del extranjero en el Estado nacional,

---

(42) M. GASCÓN ABELLÁN: *Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración*, Lección inaugural del curso académico 2000-2001, ed. Gabinete del Rector de la UCLM, Ciudad Real, 2001, págs. 15 y 25-26.

(43) J. DE LUCAS: *Informe anual 1999, sobre el racismo...*, ob. cit., pág. 46; J. DE LUCAS: «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», *Inmigración y...*, ob. cit., pág. 41. A esta situación se refiere M.<sup>a</sup> ISABEL JIMÉNEZ CARRASCO como racismo institucional, en «Claves para entender el racismo contemporáneo. Una aproximación al caso español», *Retos de la inmigración en España. Reflexiones...*, ob. cit., págs. 38 y 44.

(44) Esta expresión se utiliza para describir la situación de los indocumentados en J. I. RUIZ OLABUÉNAGA. E. J. RUIZ VIEYTEZ y T. L. VICENTE TORRADO: *Los inmigrantes irregulares en España*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

(45) Estas mujeres permanecen amenazadas en sus personas y las de sus familias, golpeadas y aún asesinadas si muestran resistencia o se atreven a denunciar su situación; M. L. MAQUEDA ABRAU: *El tráfico sexual de...*, ob. cit., pág. 13.

impidiendo su integración social en los términos anteriormente planteados. En concreto, el art. 13.1 de la Constitución española de 1978 delimita (junto al artículo 14 del mismo texto) la posición jurídico-constitucional del extranjero en España como sujeto de derechos, asumiendo que la nacionalidad constituye una de las condiciones necesarias para acceder al pleno goce y disfrute de los mismos.

Y en este sentido, el precepto establece que los extranjeros van a gozar en España de las libertades públicas que garantiza el Título primero de la *norma normarum* en los términos establecidos por los Tratados y las leyes, lo que no implica, en modo alguno, la desconstitucionalización del tema de los derechos de los extranjeros en España pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1985, «El párrafo 1 del art. 13 no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes... Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros ... *podrá atemperarse* en cuanto a su contenido en lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española» que, en cualquier caso, y según otra resolución del Alto Tribunal, la 115/1987, de 7 de julio, que supuso un cambio sustancial con respecto a la jurisprudencia que había perfilado con anterioridad (46), siempre deberán respetar las prescripciones constitucionales (47).

Pues bien, teniendo en cuenta la posibilidad que la Constitución establece de modular el goce y disfrute de los derechos atendiendo al criterio de la nacionalidad, su máxime intérprete ha realizado una clasificación tripartita de los derechos fundamentales en función del grado de disfrute que de los mismos corresponde a los extranjeros, un disfrute que estará, a su vez, en función del grado de vinculación del derecho fundamental con la dignidad de la persona. Esto es, de una mayor o menor vinculación del derecho con la dignidad personal se derivarán consecuencias jurídicas en este ámbito aunque, en cualquier caso, debemos señalar que el criterio de la menor o mayor vinculación con la dignidad personal, si bien ha servido para garantizar la plena equiparación en-

---

(46) Sobre el cambio fundamental producido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia véase E. AJA y otros: *La nueva regulación de la...*, ob. cit., págs. 21-24 y 25-26.

(47) Quecemos, sin embargo, poner al corriente al lector de otra corriente doctrinal sostenida por los votos particulares formulados a la STC 115/1987, y por determinados autores (Pedro de Vega, Francisco Fernández Segado), en virtud de la cual la capacidad de disposición del legislador nacional en este ámbito *únicamente* se ve limitada por lo dispuesto en los Tratados Internacionales. Por contra, para el Tribunal Constitucional, la libre configuración del legislador en este ámbito también se ve limitada, y de forma fundamental, por el propio contenido constitucionalmente configurado en relación con cada libertad.

tre españoles y extranjeros en cuanto al disfrute de determinados derechos, por otra parte ha permitido introducir matizaciones en el goce de otros derechos que resulta más que dudoso que no estén ligados de forma directa al concepto de dignidad personal.

De este modo el Tribunal Constitucional considera que mientras podemos encontrarnos con un grupo de derechos que, por su inmediata o directa conexión con la propia esencia de la persona son predicables de todo individuo, nacional o extranjero, sin ningún tipo de diferenciación (48), existe otro grupo de derechos (aquellos a los que hace referencia el artículo 13.2 CE por conexión con el artículo 23 del mismo texto, esto es, voto y acceso a la función pública) cuya titularidad no corresponde a los extranjeros, a excepción de lo dispuesto para las elecciones locales. El tercer haz de derechos estaría constituido por aquellos en los que el grado de vinculación con la dignidad de la persona no resulta ser tan inmediato, ofreciendo así al legislador nacional e internacional un margen de disponibilidad que le permite modular su ejercicio diferenciando entre nacionales y extranjeros (49). Es decir, aquí la nacionalidad constituye un dato relevante para modular, que no para excluir (como ocurría en el segundo supuesto mencionado), el ejercicio de ciertos derechos aunque sea siempre preciso, ya lo hemos señalado, que estas regulaciones respeten las prescripciones constitucionales que configuran el contenido esencial del derecho y, por supuesto, también el principio de igualdad, consistente en la razonabilidad de la diferenciación practicada que implica: *a)* Que la diferenciación tenga por objeto la consecución de un fin constitucionalmente lícito; *b)* Que el medio utilizado (la limitación del derecho fundamental en este supuesto) sea adecuado para conseguir el fin perseguido, es decir, que exista una relación causal medio-fin y; *c)* Que se respete la proporcionalidad, esto es, que la restricción del derecho sea la mínima posible para la consecución de la finalidad perseguida.

---

(48) Se trataría de derechos tales como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la libertad ideológica, la libertad personal, la tutela judicial efectiva. Para algunos autores, y aunque el Tribunal Constitucional no haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto, existen algunos derechos que se deberían incluir también en este primer bloque.

(49) Se trataría de derechos tales como la libertad de residencia y circulación del artículo 19, la reunión del artículo 21, la asociación del artículo 22 y el derecho al trabajo del artículo 35, todos ellos en la Constitución española. Para Fernández Segado, habría que entender incluido aquí el derecho de sindicación y de huelga.

### 3.3. *El desarrollo legislativo del status jurídico-constitucional del extranjero en España*

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, fue el fruto de cierto consenso en torno a la necesidad de sustituir la hasta entonces existente política inmigratoria, represiva y restrictiva de derechos, por otra que favoreciera la integración del inmigrante en España a través del principio de plena equiparación de derechos entre españoles y extranjeros, independientemente de su condición de regularidad (50). Esta Ley, que constituyó un paso adelante en la conformación de una sociedad multicultural y, por ello, fue destinataria de elogios, también recibió críticas contra el mantenimiento del tradicional carácter instrumental de la política migratoria, ligada única y exclusivamente a las necesidades de mercado (51). Pero, en cualquier caso, y con la intención de alcanzar dos objetivos fundamentales (adecuar la normativa nacional a la normativa comunitaria y terminar con el denominado «efecto llamada» que, según el gobierno, esta norma produjo a pesar de su brevísima vigencia), en diciembre del mismo 2000 se produjo su reforma. En concreto, en la reforma introducida por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, destaca especialmente la situación de desamparo en la que quedan los extranjeros irregulares en lo relativo al ejercicio de los derechos fundamentales (52), puesto que la norma atribuye ahora el disfrute de los mismos (salvo la asistencia sanitaria —previo empadronamiento salvo supuestos excepcionales— y la educación básica —obligatoria y gratuita—) solamente al extranjero que se encuentra en situación legal en España, una condición de legalidad ligada, por otra parte en el caso de los inmigrantes pobres, al hecho de ser portador de un permiso de trabajo, de cuyas renovaciones periódicas depende su situación como sujeto portador de derechos. Esto es, el legislador español, partiendo de la categoría constitucional del ciudadano-nacional que le permite tratar de forma desigual al no nacional en materia de derechos, los vincula a la situación administrativa en la que se encuen-

(50) Evidentemente, con el límite de los derechos del artículo 23 CE a los que el extranjero —salvada la participación en elecciones municipales bajo la estricta condición del principio de reciprocidad— no puede acceder por mandato constitucional.

(51) En este sentido, J. GOYTISOLO y S. NAIR: *El peaje de la vida. Integración y rechazo de...*, ob. cit., pág. 193.

(52) El legislador, ahora más preocupado por realizar una actividad de control que de integración de los inmigrantes, establece una desigualdad de tratamiento de los extranjeros, especialmente de los indocumentados; M. F. MASSÓ GARROTE: *Presentación de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (tras la reforma por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre)*, ed. La Ley, enero 2001, pág. 4.

tre el inmigrante, en el caso del inmigrante pobre, a la obtención de un permiso de trabajo (53), siendo sin embargo, a nuestro juicio, absolutamente necesario que se produzca la ruptura del vínculo existente entre trabajo formal (del que depende la legalización de la situación de los inmigrantes pobres) y derechos admitiendo, de una vez por todas, que los derechos deben permanecer al margen del mercado y no se pueden conceder o negar en función de la contribución que a éste realizan los individuos (54).

En cualquier caso, la legitimidad de la reforma realizada en esta materia resulta fuertemente cuestionada por importantes sectores de la doctrina y, en definitiva, se encuentra recurrida por inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal argumentando (partiendo, desde luego, de la categoría del ciudadano-nacional que consagra nuestro sistema constitucional), entre otras cosas, que la regulación realizada por el legislador orgánico sobre determinados derechos del extranjero irregular (reunión, asociación, sindicación, huelga) vulnera el contenido esencial que el constituyente español estableció de los mismos pues, tal y como señala la STC 115/1987, de 7 de julio, si bien el artículo 13.1 CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales para extranjeros en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tendrá que respetar en todo caso las prescripciones constitucionales y no se puede permitir, por consiguiente, que configure libremente el contenido mismo del derecho cuando éste ha sido reconocido a los extranjeros (regulares e irregulares) por el texto fundamental.

Y si, en efecto, resolvemos el problema ateniéndonos a la doctrina sentada por el máximo intérprete de nuestra *norma normarum*, que parte de la tesis de la legitimidad de las diferencias de trato en los derechos que no afectan inmediatamente a la dignidad de la persona siempre que el contenido esencial del derecho establecido constitucionalmente se respete, lo cierto es que el legislador orgánico, recurriendo al artificio de otorgar la titularidad de estos derechos por una parte para, por otra, impedir su ejercicio hasta tanto en cuanto no se adquiriera la condición de extranjero legal en España (con permiso de residencia y/o de trabajo) vulnera su contenido esencial, reduciéndolos absolutamente a la nada, suprimiendo derechos que se garantizan constitucionalmente, también a los irregulares (55), lo cual nos ha servido, desgraciadamente, para evocar mo-

---

(53) Criticando la vinculación de los derechos con una determinada situación administrativa véase A. SOLANES CORELLA: «Inmigración y derechos humanos», *Mediterráneo...*, ob. cit., págs. 105 y 112 y sigs.

(54) En este sentido, C. GALLEGU RANEDO: «La “extranjería” como frontera entre ser o no ser “ciudadano”», *Inmigración y...*, ob. cit., pág. 108.

(55) «Todos» gozan de libertad sindical (art. 28.1 CE); el derecho a la huelga corresponde a «todos los trabajadores», también a nuestro juicio, a aquellos que están trabajando informal-

mentos de la historia constitucional propia del siglo XIX y buena parte del XX que creíamos superados; momentos en los que el contenido axiológico de los textos constitucionales, entonces meramente programáticos, demoraba la significación del derecho al instante en el que el legislador ordinario se pronunciara sobre el mismo, siendo pues éste el que definitivamente resultaba competente para determinar su alcance. Como señala la profesora Salomé Peña, la reforma 8/2000, más que establecer peculiaridades en el ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros irregulares, decide sobre la titularidad del derecho y esto, simplemente, no se ajusta a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional que señala que los derechos no se atribuyen ni por tratado ni por ley, sino que tanto el legislador nacional como el internacional pueden establecer peculiaridades en su ejercicio que, en cualquier caso, deberán respetar las prescripciones constitucionales y aparecer justificadas por la razonabilidad de la diferenciación practicada (56).

#### IV. CONCLUSIONES

Por supuesto, no hay una sola respuesta para todas las mujeres inmigrantes, puesto que la experiencia de opresión de las mujeres son variadas (57). Pero la que da nuestro legislador orgánico al problema de la mujer migrante objeto de explotación sexual, siguiendo las indicaciones de la Unión Europea, no es, a nuestro juicio, la más acertada. La política de cierre de fronteras, que no plantea soluciones a las causas del fenómeno, fruto de las desigualdades entre países ricos y países pobres, sino que se orienta, exclusivamente, a luchar contra los efectos provocados por estos desequilibrios económicos y sociales, beneficia el tráfico ilegal de personas que, una vez dentro, son objeto de explotación laboral y/o sexual, esta última especialmente relevante si nos estamos refiriendo a mujeres. Unas mujeres, extranjeras y en situación irregular que, por consiguiente, tras la reforma 8/2000 han visto, impotentes, cómo se vaciaban de contenido prácticamente todos sus derechos, unos derechos necesarios para una integración entendida en términos de multiculturalidad abierta y cohesionada y en sentido bidireccional, siendo cierto sin embargo que la situación que sufren las mujeres que son objeto de explotación sexual difícilmente les permi-

---

mente (art. 28.2 CE); titulares de los derechos de asociación (art. 22 CE) y reunión (art. 21 CE) lo son todos los extranjeros, sin más distinciones.

(56) S. PEÑA: «La libertad sindical y los derechos de huelga y de acceso al empleo del inmigrante», *Trabajadores...*, ob. cit., pág. 92.

(57) R. MESTRE: «Inmigración, exclusión y género», *Inmigración y...*, ob. cit., pág. 98.

tirá ejercer los derechos que les pudieran ser reconocidos por cualquier ordenamiento jurídico aunque, evidentemente y en cualquier caso, este argumento no justifica el recorte inconstitucional de derechos de los «sin papeles» que, a nuestro juicio, ha realizado el legislador orgánico, un recorte que encuentra su basamento en la categoría excluyente del ciudadano-nacional, respecto de la cual ya hemos manifestado nuestras objeciones y que, de cualquier manera, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional vulnera el contenido esencial de derechos fundamentales que garantizan la participación del extranjero irregular en la sociedad en la que permanece inserto.

*JURISPRUDENCIA*

