



__ LA PROSTITUCIÓN ANTE EL DERECHO: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

__ THE PROSTITUTION IN THE LAW: PROBLEMS AND PERSPECTIVES

Fernando Rey Martínez

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid



sumario // summary

1 ■ INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PROTEICO, COMPLEJO Y EN EBULLICIÓN / INTRODUCTION: A PROTEAN, COMPLEX AND ITS BOILING POINT ISSUE

2 ■ EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO PENAL ESPAÑOL / THE CURRENT STATE OF THIS MATTER FROM THE POINT OF VIEW OF INTERNATIONAL LAW, THE EUROPEAN UNION LAW AND THE SPANISH CRIMINAL LAW

3 ■ DIGNIDAD, LIBERTAD Y EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN / DIGNITY, FREEDOM AND THE EXERCISE OF PROSTITUTION

3.1. La prostitución como trabajo / Prostitution as a job

3.2. La prostitución como explotación / Prostitution as the exploitation of workers

4 ■ CONCLUSIÓN : ¿CÓMO CORREGIR EL DÉFICIT DE CIUDADANÍA DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PROSTITUCIÓN? / CONCLUSION: HOW WE SHOULD IMPROVE THE PROSTITUTES' LACK OF CIVIC RESPONSIBILITY?

resumen//summary

El abordaje jurídico del resistente fenómeno de la prostitución, tradicionalmente invisible, vive un momento de ebullición en España y en todo el mundo. El 14 de febrero de 2006 el Pleno del Congreso aprobó por unanimidad una moción para iniciar "un proceso de estudio, debate y comparecencias" sobre la situación de la prostitución en España. La Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer deberá elevar un dictamen informativo antes del mes de junio concretando orientaciones y propuestas que se deban desarrollar en todos los ámbitos. Hay acuerdo general en la complejidad del problema, en la dificultad de encontrar soluciones eficaces y viables y en la insuficiencia del tratamiento actual. En el debate previo a la aprobación de la moción citada, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, invocando los atenuantes de su complejidad y de que se trata de una materia sobre la que recaen títulos competenciales estatales, pero también autonómicos e incluso de los entes locales, sólo pudo exhibir como actuaciones del Gobierno central en esta materia la lucha contra toda forma de explotación sexual, los planes de integración de los inmigrantes, dado que la mayoría de mujeres que ejercen la prostitución son extranjeras, y las subvenciones del Instituto de la Mujer a programas que tienen como destinatarias a mujeres víctimas de explotación sexual. El Ministro proponía también reforzar en el futuro la oferta de itinerarios de inserción socio-laboral alternativos y, como nueva medida, extender a las mujeres que abandonaran el ejercicio de la prostitución el derecho a las rentas de inserción.

Dealing with the resistant phenomenon of prostitution, traditionally hidden, is in its boiling point in Spain as well as in the rest of the world. On February 14th, 2006, the Low Chamber Plenary unanimously passed a motion to set out "a process of study, debate, and summons" on the current situation of prostitution in Spain. The Women's Rights Joint Committee shall submit an informative report specifying the directions and proposals to be developed in all the different areas before June. There is a general agreement on the complexity of this matter, on the difficulty to find effective and feasible solutions, and on the deficiencies of their current treatment. In the debate previous to the passing of the motion just mentioned, the Secretary of Employment and Social Affairs - calling on the mitigating factors of its complexity and the fact that it is a subject upon which the competencies of the state and self-governing regions titles fall, and even those of the local entities- could only present, as Central Government proceedings on this issue, the struggle against all kinds of sexual exploitation, plans for immigrants' integration in society, since most prostitutes are women from other countries, and the Women Institute's subsidies to programs addressed to women who are victims of sexual exploitation. The Secretary of Employment and Social Affairs also suggested increasing the offer of alternative social and working integration itineraries for the future, and as a further step, he also suggested that those women who would stop working as prostitutes should be extended the right to integration incomes.

Palabras Clave:

- Prostitución.
- Derecho internacional.
- Derecho de la Unión Europea.
- Derecho Penal Español.
- Dignidad y libertad de las personas.
- Explotación humana.

Key Words:

- Prostitution.
- International Law.
- European Union Law.
- Spanish Criminal Law.
- People's dignity freedom.
- Exploitation of human beings.

1 ■ INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PROTEICO, COMPLEJO Y EN EBULLICIÓN

El abordaje jurídico del resistente fenómeno de la prostitución, tradicionalmente invisible, vive un momento de ebullición en España y en todo el mundo¹. El 14 de febrero de 2006 el Pleno del Congreso aprobó por unanimidad (316 votos a favor y ninguno en contra) una moción para iniciar "un proceso de estudio, debate y comparecencias" sobre la situación de la prostitución en España. La Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer deberá elevar un dictamen informativo antes del mes de junio concretando "orientaciones y propuestas transversales que se deban desarrollar en todos los ámbitos". Hay acuerdo general en la complejidad del problema, en la dificultad de encontrar soluciones eficaces y viables y en la insuficiencia del tratamiento actual. En el debate previo a la aprobación de la moción citada, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, invocando los atenuantes de su complejidad y de que se trata de una materia sobre la que recaen títulos competenciales estatales, pero también autonómicos e incluso de los entes locales, sólo pudo exhibir como actuaciones del Gobierno central en esta materia la lucha contra toda forma de explotación sexual², los planes de integración de los

1 Para un análisis más profundo de cuanto aquí se expondrá, permítaseme la remisión al libro colectivo de F. Rey, R. Mata y N. Serrano: *Prostitución y Derecho*, Thomson Aranzadi y Junta de Castilla y León, 2004.

2 Sólo en 2005 se habrían desarticulado policialmente 150 redes de tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. Por otro lado, en el seno del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se ha aprobado el 14 de diciembre de 2005 el II Plan de acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia (2006-2009).

inmigrantes, dado que la mayoría de mujeres que ejercen la prostitución son extranjeras³, y las subvenciones del Instituto de la Mujer a programas que tienen como destinatarias a mujeres víctimas de explotación sexual⁴. El Ministro proponía también reforzar en el futuro la oferta de itinerarios de inserción socio-laboral alternativos y, como nueva medida, extender a las mujeres que abandonaran el ejercicio de la prostitución el derecho a las rentas de inserción (432 euros al mes en este momento, sólo por un determinado número de meses).

Pero el debate sobre la eventual regulación jurídica de la prostitución en España se ha activado, sobre todo, como consecuencia del borrador de Ley de Limitación de Servicios Sexuales Remunerados de la Generalidad catalana, que, mezclando elementos de un modelo de *reglamentación* sanitaria, de orden público, etc. y de *legalización*, concibe la prostitución como un arrendamiento de servicios entre la prostituta y su cliente, intenta someter su ejercicio a ciertos espacios y condiciones, promueve el cooperativismo de las prostitutas, etc. Este borrador ha sido radicalmente objetado por un Informe del Instituto de la Mujer, según el cual, como ha trascendido por la prensa, la iniciativa catalana supondría “un retroceso en el camino hacia la igualdad real entre las mujeres y los hombres”. También el Área Federal de la Mujer de IU (bajo el provocador lema: “¿la libertad de ser esclava?”), la Red de Organizaciones Feministas contra la Violencia de

Género, la Secretaría para la Igualdad de U.G.T., entre otros colectivos, se han pronunciado en contra del anteproyecto catalán y, en general, de la legalización de la prostitución. El Departamento Confederal de la Mujer de U.G.T. ha elaborado un contundente Informe en diciembre de 2005 en este sentido: “La prostitución es una estructura diseñada por y para los hombres... la mujer se convierte en mercancía, un producto en venta o alquiler en un mercado de carne, para el consumo del hombre”. Claramente se muestra partidaria de extender en España el modelo sueco, que, como es conocido, castiga penalmente al cliente pero no a la prostituta.

En el Ayuntamiento de Madrid y en el de Valencia se han adoptado diversas medidas para obstaculizar el ejercicio de la prostitución, sobre todo la callejera. Estas iniciativas se suman a las dos regulaciones jurídicas que ya existían en esta materia, ambas de naturaleza reglamentaria. La primera en el tiempo es la Ordenanza municipal sobre establecimientos dedicados a la prostitución, de la ciudad de Bilbao, aprobada por Acuerdo Plenario de 12 de mayo de 1.999. La segunda es el Decreto del Gobierno catalán 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. Al Decreto le ha seguido la Orden 335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución⁵. Estas

3 Aquí se enmarcarían el Plan de Integración de los Inmigrantes y la reforma de la Ley de Extranjería que, en línea con la Directiva de 2004, permite obtener los permisos de residencia y de trabajo a las extranjeras en situación administrativa irregular que, habiendo ejercido la prostitución, denuncien a los traficantes de mujeres con fines de explotación sexual.

4 En 2005, estas subvenciones alcanzaron un montante de dos millones de euros y abarcaron programas presentados por doce entidades.

5 La normativa bilbaína sobre establecimientos públicos destinados a la prostitución se ancla en la competencia municipal sobre la política urbanística restrictiva de usos y la normativa catalana hace lo propio en relación con la policía de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos. En principio, ambas coberturas resultan aceptables para regulaciones que se muevan en los estrechos márgenes de las descritas, pero no podrían, obviamente, amparar otras que fueran más lejos, disciplinando aspectos reservados a la competencia del Estado, como la legislación laboral (art. 149.1.7 Constitución española), desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE), inmigración (art. 149.1.2), legislación penal (art. 149.1.6 CE), legislación civil (art. 149.1.8 CE), legislación básica de la seguridad social (art. 149.1.17 CE), seguridad pública (art. 149.1.29 CE) y potestad tributaria originaria (art. 133.1 CE), entre otras. Dado que en nuestro ordenamiento, el ejercicio de la prostitución no es explícitamente ilícito, cabe, en principio, su regulación jurídica por los entes públicos competentes. La Ordenanza municipal de Bilbao examinada no se extralimita, a nuestro juicio, del ámbito de competencias que corresponden al Ayuntamiento, aunque por ello mismo, por mantenerse en ese estrecho margen, es una regulación insuficiente. Obsérvese que el corazón de la regulación es, simplemente, la exigencia de marcar distancias entre los locales donde se ejerce la prostitución para evitar zonas saturadas. Menos problemas plantea aún la competencia autonómica, en este caso catalana,

normas no se inscriben y en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, en la tendencia alemana, holandesa, etc. de normalización o legalización de la prostitución desde la perspectiva de los derechos de las mujeres (y hombres) que la ejercen, considerándoles ahora como trabajadores sexuales. Y no sólo porque ni una comunidad autónoma ni mucho menos un ayuntamiento son titulares de competencias sobre varios aspectos de la materia comprometidos (derechos fundamentales, seguridad social, legislación civil, fiscal y laboral, etc.), de modo que sólo el Estado podría, bajo estrictas condiciones y límites, abordar una regulación como la holandesa, etc. También hay que tener en cuenta que la finalidad de ambas normas ha sido, principalmente, la de asegurar el orden público y la tranquilidad vecinal. Por eso, ambas normas no pueden catalogarse como antecedentes del eventual establecimiento de un sistema de normalización jurídico-laboral del fenómeno de la prostitución en nuestro país. Su sentido y alcance, sobre todo en el caso de la Ordenanza del Ayuntamiento de Bilbao, no es el de ampliar el catálogo de derechos de los trabajadores sexuales o el de reconocer jurídicamente la prostitución, sino, más bien al contrario, el de constreñir su ejercicio a ciertos límites urbanísticos de guarda de distancias mínimas entre sí (propios de las actividades molestas), higiénicos. Son normas jurídicas, pues, más próximas al sistema de reglamentación clásico (en la medida en que condicionan el ejercicio de la prostitución en los establecimientos públicos a una serie de requisitos, de modo que los titulares de los locales que no los cumplan no podrán llevar a cabo la actividad), que al de normalización (tipo holandés, alemán, etc.).

Por lo que se refiere a la Ordenanza del Ayuntamiento de Bilbao, podría destacarse que se trata de una

norma interesante porque es pionera en España en esta materia (y su influencia se deja sentir en algunos aspectos en la regulación catalana); que tiene vocación de abarcar el régimen de todos los establecimientos públicos donde se ejerza la prostitución, ya se declare formalmente así o no (sino de modo encubierto: sauna, casa de masaje, etc.); que alude al “negocio” de la prostitución, intentando equiparar los establecimientos donde se ejerce con cualquier otro de carácter mercantil. Pero esta disposición no considera la cuestión desde la óptica de los trabajadores sexuales y sus derechos por lo que, en este sentido, es una norma fragmentaria que parece únicamente pretender que no se creen “zonas calientes” en la ciudad donde se aglomeren establecimientos de este tipo y garantizar unas mínimas condiciones de higiene, pero realmente, mínimas porque ni tan siquiera se exige que el establecimiento disponga de profilácticos y, mucho menos, que se obligue a su uso. Incluso, desde la perspectiva del orden y la tranquilidad públicos (que parecen ser el objetivo principal de la norma) la norma es insuficiente porque ni siquiera se prevé una distancia mínima de separación de este tipo de establecimientos con otros con cuya proximidad se podrían generar ciertos conflictos (escuelas, lugares de culto religioso, etc.). Se trata de una norma que contiene una regulación tímida porque quizás sus autores dudaban de su capacidad competencial para aprobarla y porque se adoptó para resolver un problema concreto de orden público en una calle de Bilbao.

La normativa catalana, por su parte, proporciona algunas aportaciones a considerar sobre la posible regulación de la prostitución en otras regiones e, incluso, en el ámbito del Estado. De esta regulación, como rasgo peculiar, destaca la preocupación por mantener a los menores de edad fuera y relativa-

para regular el ejercicio de la prostitución en establecimientos públicos del modo en que lo ha hecho el Decreto 217/2002 de la Generalidad. El art. 9.31 del Estatuto de Autonomía de Cataluña confiere a la Generalidad competencia exclusiva sobre “espectáculos” (materia sobre la que se ha hecho gravitar la regulación). En cualquier caso, las Comunidades Autónomas también han asumido competencias que afectan a la regulación del ejercicio de la prostitución, como, por ejemplo, en materia de sanidad (de modo compartido con el Estado), seguridad (también de modo compartido) o urbanismo.

mente lejos de estos locales. Como idea más general, puede observarse que, al igual que sucedía con la Ordenanza de Bilbao aún más claramente, la regulación no se adopta desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores sexuales (quizás porque sus autores entiendan que carecen de competencia para ello), sino desde la protección del orden público.

Ciertamente, coexisten, en la historia y en el derecho comparado, modos muy dispares de abordar jurídicamente el fenómeno de la prostitución, de forma que no es posible identificar una respuesta homogénea en los países de nuestro entorno, y, además, ninguno de los tratamientos es plenamente satisfactorio por la complejidad (no hay “prostitución” sino “prostituciones”) y problematicidad de los intereses en presencia. Son conocidos los tres modelos normativos de la prostitución: el prohibicionista, el abolicionista y el reglamentista. Nuestro ordenamiento se enmarca, hasta el momento, en el sistema abolicionista. Pero, junto a los tres modelos jurídicos tradicionales (prohibicionista, abolicionista y reglamentista), se está abriendo paso en diversos ordenamientos (Holanda, Alemania, Australia, Nueva Zelanda, etc.) y como corriente de opinión (sostenida también por un sector de personas que ejercen la prostitución) un nuevo modelo, de normalización o legalización, que propone regular la actividad desde su consideración como trabajo y, por tanto, a partir del reconocimiento de los derechos y deberes de los trabajadores sexuales. Es prematuro, sin embargo, afirmar que estemos ante un cambio de tendencia desde la perspectiva abolicionista dominante hacia la normalización porque éste modelo plantea algunos problemas de difícil encaje. Así, por ejemplo, todavía pocos Estados han optado por este último modelo, desde hace poco tiempo y con significativas variantes, de modo que no está disponible aún la valoración de su eficacia, aunque ya se sabe que no ha servido en Holanda o Alemania para integrar socialmente a la mayoría de mujeres que ejercen la prostitución, que también allí son extranjeras con escasos recursos, e incluso, por el contrario, ha

servido para estimular el pase a la *clandestinidad* de no pocas trabajadoras sexuales (extranjeras y nacionales) por resultarles más rentables las condiciones tradicionales de ejercicio que la nueva regulación. A mi juicio, la normalización a duras penas cabría en nuestro ordenamiento y, desde luego, no solucionaría de un modo significativo los principales problemas ligados a la prostitución. Además, desde ciertos círculos influyentes del pensamiento feminista contemporáneo, se discute su adecuación a la idea de la dignidad humana y el respeto de ciertos derechos fundamentales. Sobre el enfoque normalizador planea la sospecha de que, finalmente, pudiera beneficiar más los intereses económicos de los *empleadores* que mejorar el estatuto de los *empleados*. A mayor abundamiento, diversas líneas de política criminal internacionales y europeas están endureciendo las medidas contra el tráfico de personas y su explotación sexual, lo cual viene, como mínimo, a comprimir las posibilidades de un ejercicio plenamente autónomo de la prostitución reconocido por el derecho como un trabajo cualquiera. El creciente fenómeno de prostitución de inmigrantes de países periféricos en sociedades desarrolladas como la nuestra supone un punto de intersección problemático de las dos líneas de fuerza de política legislativa señaladas, el reconocimiento de la prostitución como trabajo y, por tanto, de los derechos de los trabajadores sexuales, y la prohibición de la prostitución no voluntaria (en sentido amplio o material) y del tráfico de personas. Parece existir más acuerdo sobre las carencias del modelo abolicionista que respecto de las eventuales ventajas del modelo de normalización.

Otra idea clave que debe presidir cualquier estudio jurídico de la prostitución es que, aunque, obviamente, el fenómeno de la prostitución se refiere a mujeres y hombres, tiene una dimensión de ‘género’ evidente. No sólo por importantes razones cuantitativas, sino cualitativas: las personas que ejercen la prostitución “son exclusivamente mujeres y niños y hombres jóvenes que son utilizados como mujeres” (C. Leidholdt) y no pocos autores

conceptúan la prostitución como una manifestación particularmente incisiva de los sistemas patriarcales o de dominación masculina, como un acto estructural de explotación e incluso de violencia de sexo (más o menos socialmente tolerada).

2 ■ EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Desde el punto de vista del Derecho internacional, el tratamiento de la prostitución se enmarca de modo restrictivo en el contexto de la lucha contra el lucrativo y expansivo fenómeno del tráfico sexual de mujeres y niños. Diversos textos normativos, ratificados por España, son de referencia, como el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1951), la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979) y, más recientemente, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000). Según este último documento, el simple “abuso de una situación de vulnerabilidad” sobre una persona para que ejerza la prostitución (por no hablar de otras conductas más *persuasivas*), situación en la que se encuentran no pocas de las mujeres que ejercen la prostitución en España (vulnerables por su triple condición de inmigrantes, de personas sin recursos económicos ni oportunidades en sus países de origen y de mujeres), permitiría calificar su situación como de trata ilícita de personas (con independencia de la regularidad de su condición de extranjeras en España).

En el Derecho de la Unión Europea también se enfoca el fenómeno de la prostitución de modo restrictivo desde el prisma de la creciente lucha contra la trata de mujeres y en el contexto de la igualdad de oportu-

nidades entre mujeres y hombres. Desde la primera Comunicación de la Comisión, en 1.996, las instituciones europeas han adoptado diversas iniciativas en este sentido. Los objetivos de la estrategia comunitaria son la prevención de la trata de mujeres, su tipificación penal en las legislaciones de los Estados miembros, el refuerzo de la cooperación policial y judicial, el apoyo y protección a las víctimas y la cooperación con terceros países, en particular los países candidatos. No es casual que el mismo capítulo de la Carta de Niza dedicado a la dignidad humana, albergue también el derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de que (en el ámbito de la biología y la medicina) nadie se lucre con la venta del cuerpo humano o cualquiera de sus partes, la prohibición de la esclavitud, los trabajos forzados o la trata de seres humanos.

En el ámbito europeo, la cuestión de la prostitución ha sido abordada también por el Tribunal de Justicia, destacadamente, en la famosa Sentencia Janny y otras, de 20 de noviembre de 2001. En esta Sentencia el Tribunal reconoce la libertad de establecimiento a ciudadanas polacas y checas para el ejercicio de la prostitución en Holanda por cuenta propia, en virtud de los Acuerdos de asociación suscritos entre sus respectivos Estados y la Comunidad Europea, por aplicación del principio de no discriminación. Pero, en contra de lo que a menudo se ha afirmado, esta Sentencia no supone el reconocimiento y la ratificación de la prostitución como actividad legal. Ésta última interpretación se realiza ante la falta expresa de repulsa jurídica al ejercicio de la prostitución por parte del Tribunal. Pero el Tribunal de Justicia no entró a valorar el hecho de la prostitución como tal, sino que tan sólo aplicó las normas de relación y decidió que existía un trato discriminatorio entre los ciudadanos holandeses y los checos y polacos. Tampoco sanciona el Tribunal el ejercicio de la prostitución por cuenta propia, porque en este punto no hizo más que aportar argumentos para rebatir la defensa de Holanda que sostenía que la prostitución no es una actividad que pudiera desarrollarse de ese modo. El Tribunal no entra a valorar la adecuación de la prosti-

tución con la idea de dignidad humana reconocido en el art. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. La decisión se produjo en el ámbito de la Europa del comercio y no en la Europa de los derechos fundamentales.

Nuestro país no ha permanecido ajeno a estas corrientes internacionales y europeas que, por un lado, invitan a endurecer las condiciones del tráfico de mujeres y su explotación en la prostitución, pero, por otro lado, colocan en la agenda política y mediática el debate sobre la adopción del modelo normalizador. Así, mientras que, de una parte, y precisamente en el contexto de la armonización europea de la lucha contra el tráfico ilegal de inmigrantes, se ha reformado recientemente el Código Penal, mediante Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, recuperando dentro del art. 188.1 en el ámbito de las conductas punibles la figura clásica del rufianismo, es decir, la de aquél que vive total o parcialmente a expensas de la prostitución de otro, o se ha intensificado por parte de la Guardia Civil la actuación contra la trata de mujeres (Directiva de servicio de 3 de marzo de 2000), de otra parte, diversos estudios y asociaciones han venido reclamando la implantación del modelo normalizador, invocando a menudo las regulaciones del Ayuntamiento de Bilbao y de la Generalidad de Cataluña en este sentido.

El Capítulo V del Título VIII del Código Penal tipifica los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores. La prostitución resulta impune en sí misma, pero se castigan ciertas conductas de terceros relacionadas con tal actividad. Las conductas punibles se establecen tanto en relación con menores e incapaces (inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución –art. 187.1–, determinación a la prostitución –art. 188.3–, empleo de menores en materiales pornográficos o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos –arts. 188.3 y 189.1– abstención por parte de los sujetos obligados a ello del deber de impedir la continuación en el estado de prostitución del menor o incapaz bajo su potestad

–art. 189.4– y corrupción de menores –art. 189.3–), como respecto a mayores de edad: comportamientos de determinación a la prostitución en los que el autor emplea violencia, intimidación o engaño, o abusa de su situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima precisamente para conseguir dirigir hacia la prostitución a la víctima o a mantenerse en tal actividad (art. 188.1).

Recientemente, en la reforma del Código penal de 29 de septiembre de 2003, se ha incorporado al grupo de conductas delictivas la explotación lucrativa de la prostitución. Se considera también punible la conducta de quien directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima (art. 318 bis). En el marco de la investigación judicial o en la sentencia se habilita a los jueces para que procedan al cierre de locales y establecimientos donde se cometan estos delitos (art. 194).

En la reforma del Código Penal de 2003 se incriminan novedosamente los supuestos de explotación económica de la prostitución ajena. Dado lo amplio de la fórmula legal empleada (“el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”), resulta difícil establecer los límites a tal prohibición. Sin embargo, deben considerarse perseguidas penalmente las conductas de terceros dirigidas a obtener beneficios económicos mediante la explotación continuada de la prostitución de otra persona, siempre que el tercero intervenga en la organización de la actividad. Con ello se imposibilita que una hipotética regulación de esta materia abarque como conductas conforme a derecho lo excluido de la licitud por la prohibición penal del art. 188.1. Si los establecimientos dedicados al ejercicio de la prostitución están dirigidos por terceros, de manera que reciban algún tipo de beneficio económico directo por la práctica de esta actividad, participando sistemática y “profesio-

nalmente” en la organización de la misma (y, por tanto, la persona que practica la prostitución no la realiza de forma plenamente autónoma), podrá considerarse como un hecho punible.

La atipicidad penal de determinadas prácticas de la prostitución no es sinónimo de licitud. Pues aunque ya no es un ilícito penal sí sigue considerándose un ilícito civil y por tanto no se confiere eficacia jurídica alguna a un contrato que es calificado como nulo. Por ello no es posible compartir la tesis de que la despenalización de la prostitución constituye un paso previo (y, por así decir, predeterminante) de su consideración futura como objeto de una relación laboral, aunque se trate de una relación laboral especial. Más aún cuando a esa primera fase ha seguido otra de ampliación del tipo penal, que retoma conductas que se despenalizaron en 1995.

3 ■ DIGNIDAD, LIBERTAD Y EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN

La cuestión central, aunque, por supuesto, no única del debate actual sobre el modelo de régimen jurídico de la prostitución es la de si ésta es un trabajo más, cuando es voluntariamente elegido y ejercido y, por tanto, merecedor del mismo reconocimiento, regulación y tutela que el resto de oficios o profesiones, o si, por el contrario, la prostitución constituye, en todo caso, una actividad que es atentatoria, en sí misma, de bienes jurídicos tanto individuales (dignidad humana) como colectivos (orden público). ¿El ejercicio de la prostitución es expresión de la dignidad humana que, en su vertiente

dinámica, conlleva el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁶, esto es, el principio de autonomía personal, el derecho de adoptar las decisiones sobre cómo llevar la propia vida (dentro de los límites legales), o es, más bien, una violación de la dignidad humana en la medida en que se rebaja a una persona –aún con su consentimiento– a la condición de objeto, de instrumento, a la que se trata como una cosa? Naturalmente, esta pregunta sólo tiene sentido en relación con aquel tipo de prostitución estrictamente voluntario (sobre el que no pesa ningún tipo de inducción, coacción, explotación, etc. ajenas) realizado por personas mayores de edad y capaces. En el plano de los hechos, como se ha visto, esto reduce en gran medida el ámbito de la pregunta porque un gran número de personas que ejercen la prostitución lo hacen presionados por terceros o conducidos por sus precarias situaciones individuales desde el punto de vista económico, psicológico o social. A pesar de la evidente carencia de datos fiables, se sabe con certeza que, en España, la abrumadora mayoría de las mujeres que ejercen la prostitución están en situación de exclusión económica y social, son inmigrantes en situación irregular, no lo hacen voluntariamente sino que han sido traficadas y son víctimas de un mercado que mueve mucho dinero y muchos clientes y se halla prácticamente monopolizado por organizaciones de proxenetas.

De nuevo hay que advertir que no hay “prostitución”, sino “prostituciones” y, en consecuencia, una eventual regulación general debiera, en cualquier caso, distinguir con precisión las diversas formas del fenómeno para evitar, entre otras cosas, que los beneficiados de la posible *legalización* o normaliza-

6 El art. 10.1 CE proclama que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. El núcleo de este precepto es, sin duda, el concepto de dignidad porque de él se derivan, como consecuencias necesarias, los derechos fundamentales (que el propio precepto califica como “inherentes”), el respeto a los derechos de los demás (pues todos los individuos están dotados de igual dignidad, y por la misma razón se justifica el respeto a la ley en un sistema democrático) y, finalmente, el libre desarrollo de la personalidad, que es una concreción dinámica de la idea, de sabor kantiano, de la dignidad como autodeterminación de la voluntad típica de los seres racionales.

ción no fueran las personas que ejercen la prostitución sino sus *empleadores*⁷.

El debate sobre si la prostitución lesiona o no la dignidad humana requiere unas precisiones mínimas sobre qué se entiende en Derecho por “dignidad”⁸, concepto que, como es notorio, el art. 10.1 CE coloca en el pórtico del Título I de la Constitución (dedicado a los derechos fundamentales) como “fundamento del orden político y de la paz social”. La literatura de referencia sitúa en el pensamiento de I. Kant las bases para la fundamentación de la idea de dignidad humana⁹. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. La persona no puede ser tratada, ni por ella misma, como un objeto o herramienta de fines ajenos. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano, Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. “Los seres –escribe¹⁰– cuya existencia depende... de la naturaleza y no de su voluntad, tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas”.

Esta construcción luminosa de Kant, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico¹¹, es útil en ciertos casos. Permite, por ejemplo, calificar como atropello de la dignidad, y, por tanto, como conducta inválida en todo caso la tortura del detenido, incluso aunque con ella se pudieran evitar los efectos de un grave mal posterior¹². Pero en relación con el problema que nos ocupa, el ejercicio libre y voluntario de la prostitución por parte de una persona mayor de edad y con plena capacidad, el asunto requiere una mayor precisión porque, por un lado, tradicionalmente se ha catalogado la prostitución como el ejemplo por antonomasia de *cosificación* de una persona a manos de otra, pero, por otro lado, si la dignidad consiste en la facultad de determinarse por sí mismo, de ello podría deducirse el derecho a elegir libremente ejercer la prostitución o no hacerlo.

Y es que, ciertamente, cualquier sistema político que se rinda a la idea de la dignidad humana, como hacen el alemán, el español, o el europeo en el art. 1 de la Carta de Derechos de Niza, entre otros, debe partir del presupuesto de que el hombre, en virtud de su sola condición humana y no por su particular posición social o económica, es titular de derechos que deben ser reconocidos y respetados por sus semejantes y por el Estado. Pero de esta idea general

7 Por cierto, varones. Una de las diferencias más significativas entre la prostitución masculina y la femenina consiste, precisamente, en que el rendimiento económico de la primera revierte, por lo general, exclusivamente en el propio sujeto que la ejerce, mientras que en la femenina suele haber un *rufián*, esto es, un tercero varón que se aprovecha económicamente de la prostitución ajena.

8 Una obra reciente de referencia, en la que se apoya en gran medida el hilo conductor de la exposición, es la de Ingo Sarlet: *Dignidade da Pessoa Humana e directos Fundamentais na Constituição Federal de 1.988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002 –segunda edición–.

9 En *La Metafísica de las Costumbres* (1797); utilizamos la versión española de edad, Madrid, 1972.

10 *Ob.cit.*, p. 134. Y también: “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; más cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto no permite equivalente, entonces tiene dignidad” (p. 140).

11 Pues, como es sabido, Kant no concede autonomía moral a quienes *naturalmente* lo la tenían, las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones *sociales*, los no propietarios. La construcción kantiana debe extenderse hoy en igual medida, como es natural, a todo ser humano, también a los incapaces.

12 Es famosa, en este sentido, la propuesta de Ronald Dworkin de “tomar los derechos en serio” (*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 276-303).

no se deduce un concepto *jurídico* preciso de dignidad, que es, de suyo, un concepto ambiguo, poroso, polisémico. Como observa Ingo Sarlet, “es más fácil decir lo que la dignidad personal no es que lo que es”¹³. La construcción jurídica del concepto se ve rodeada, además, de tres dificultades específicas. La primera es que la idea de dignidad es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de una “profunda ambigüedad” en relación con sus usos jurídicos concretos (G. PIEPOLI¹⁴): puede tener una “fuerte carga emancipatoria” (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada, “con formulaciones apodícticas”, para imponer “restricciones” de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo “una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad”). La segunda dificultad es que la idea de dignidad también se encuentra abierta no sólo en su contenido, sino también en el tiempo. Se trata de un concepto “en permanente proceso de desarrollo y construcción”¹⁵. Otra dificultad es que la dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de una cualidad tenida como inherente a todo ser humano, de modo que es el valor propio que identifica al ser humano como tal¹⁶. De ahí que la dignidad sea irrenunciable e inalienable. Este dato debe retenerse porque si se concluyera razonablemente que el ejercicio de la prostitución atenta contra la dignidad humana, ésta no podría verse permitida o reconocida por el Derecho incluso aunque mediara el

consentimiento de quienes la practican. Como se verá, algunas tesis del pensamiento feminista radical apuntan contemporáneamente en esta dirección.

El concepto de dignidad viene, pues, marcado por esta radical tensión interna: se trata de un absoluto que tiene que concretarse histórico-culturalmente. Pues bien, apoyándose en la doctrina alemana, Ingo Sarlet observa dos elementos en el concepto, uno fijo, la dignidad como *límite* de los poderes públicos que éstos deben proteger, y otro variable, la dignidad como *tarea* de los poderes públicos, que éstos deben promover generando las mejores condiciones para su efectividad¹⁷. Trasladando a estas categorías el debate actual sobre la prostitución, podríamos decir que, para algunos, la prostitución es un *límite* de la dignidad humana que los poderes públicos no deben, por ello, permitir o, por lo menos, validar jurídicamente, mientras que, para otros, el reconocimiento jurídico de la prostitución es una *tarea* necesaria para promover una dignidad más real y efectiva de las personas que la ejercen. Así que, de nuevo, tampoco es fácil por esta vía encontrar las razones para reconocer más peso a una opinión que a otra.

En cualquier caso, se impone introducir otro argumento en el análisis del concepto jurídico de dignidad, la consideración de su necesaria dimensión comunitaria. La cuestión de la dignidad personal no sólo atañe a cada individuo en concreto sino a toda la sociedad en su conjunto, precisamente porque todas las personas son iguales en dignidad y derechos. De ello se deriva, en relación con el tema que nos ocupa, la idea, obvia por lo demás, de que el problema del régimen jurídico de la prostitución no sólo afecta a quienes la practican y a sus clientes, a quienes se aprovechan económicamente de ella y a los vecinos

13 *Ob.cit.*, p. 39.

14 “Dignità e autonomia privata”, en *Politica del Diritto*, n. 1, 2003, p. 45.

15 Sarlet, *ob.cit.*, p. 41.

16 *Ibidem*, p. 41.

17 *Ibidem*, p. 47 s. En este sentido, hay espacio para una auténtica “política de la dignidad humana” (Clèmerson Clève, p. 111).

de los lugares donde se practica, sino a toda la sociedad. Por supuesto, el mandato de protección de la dignidad juega también en las relaciones entre particulares y no sólo frente al Estado.

Los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el “ADN o código genético de aquéllos”¹⁸, confiere unidad de sentido, de valor y concordancia práctica al sistema de los derechos y cumple, en concreto, dos relevantes funciones: *hermeneútica* (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional) e *integradora* (puede operar para “descubrir” nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos e, incluso, para abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales). Desde este punto de vista, algunos defensores de la perspectiva “prostitución como trabajo” pretenden que se derive el derecho a ejercer la prostitución de la idea de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad. Bien es cierto que también se podrían invocar algunos derechos fundamentales concretos para anclar en el texto constitucional el ejercicio de la prostitución, como el derecho a no sufrir discriminación sexual o por cualquier condición personal o social (art. 14 CE), el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), la libre elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE) o, incluso, la libertad de empresa (art. 38 CE). Sin embargo, ninguno de estos derechos permite concluir convincentemente que el libre ejercicio de la prostitución se incluye dentro de su ámbito de protección. En relación con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo porque la prostitución no es un fenómeno exclusivamente femenino, aunque sí lo sea de modo predominante. Es cierto que las personas que ejercen la prostitución son víctimas de un cierto tipo de estigma, son una minoría aislada y sin voz que requiere una protección social específica, pero de ello no se deriva necesariamente el reconocimiento jurídico de la

prostitución como un corolario del derecho fundamental a no ser discriminado. Tampoco el derecho a la intimidad es aplicable en este ámbito porque la actividad de la prostitución aunque se realice en privado y entre particulares, es, de suyo, una actividad “profesional”. No todo lo que forma parte de la vida privada es íntimo a los efectos del art. 18.1 CE. La intimidad de nuestro texto constitucional tiene un contenido mucho más preciso que el derecho de autodeterminación general que, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana ha definido como *privacy* en la penumbra de la decimocuarta enmienda. Por su parte, la libre elección de oficio del art. 35.1 CE no es, según el Tribunal Constitucional (STC 83/1984), el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio. En esa misma Sentencia (dictada en relación con las oficinas de farmacia), se declara que tampoco en el art. 38 CE se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad profesional, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La libertad de empresa no comprende el libre acceso a cualquier actividad económica, sino que el individuo tiene derecho a iniciar una actividad económica sólo cuando el legislador lo permite o, al menos, no lo prohíbe.

Tampoco, pues, por esta vía de la eventual inclusión del ejercicio de la prostitución en el ámbito de protección de estos derechos fundamentales se halla una respuesta mínimamente satisfactoria al problema de la relación entre ejercicio de la prostitución y dignidad humana. El debate feminista contemporáneo proporciona posiciones radicalmente enfrentadas sobre el particular. Se trata casi de una guerra de trincheras conceptual: por una parte, los que defienden la perspectiva de la prostitución como un trabajo cualquiera (aún con peculiaridades); por otra, los que la catalogan como explotación en todo caso.

18 Alexandre Pasqualini, citado por Sarlet, *ibidem*, p. 81.

3.1. LA PROSTITUCIÓN COMO TRABAJO

Aquellos que mantienen esta perspectiva creen que una mujer tiene el derecho a elegir ejercer la prostitución y debería tener los mismos derechos que cualquier otro trabajador¹⁹, o que cualquier hombre²⁰. Argumento clave de este modo de razonar es que no toda prostitución es prostitución forzada. Algunas personas eligen libremente la prostitución como trabajo. La prostitución es un contrato entre adultos con capacidad para emitir su consentimiento, en el que la mujer vende sus servicios sexuales. La acuñación y uso de las fórmulas “trabajadores de la industria del sexo” o “trabajadores del sexo” refuerzan esta visión²¹. En Estados Unidos, asociaciones integradas, total o parcialmente por personas que ejercen la prostitución, como *Call off your tired ethics* (C.O.Y.O.T.E.), o, entre nosotros, la asociación Hetaria, defienden esta perspectiva de la prostitución desde los derechos de las personas que la ejercen. Así por ejemplo, explicando los objetivos de Hetaria, Cristina Garaizábal²² aporta los siguientes argumentos para explicar por qué debería considerarse la prostitución como un trabajo más:

1º) La prostitución para la que debe reivindicarse derechos laborales es, por supuesto, únicamente la prostitución no forzada. Por otro lado, la eventual regulación tendría que distinguir los muy distintos tipos de prostitución existentes. A su juicio, la prostitución es “una institución patriarcal cuya función simbólica es el control de la sexualidad femenina”, para “seguir manteniendo la situación de dependencia y subordinación de las mujeres”, pero de ello no se deriva ni la necesidad de acabar con ella, ni de intentar reasentar a las personas que la

practican con independencia de su voluntad. Hetaria proviene del movimiento feminista e inicialmente mostraba sus preferencias por el sistema abolicionista, pero ahora propugna un nuevo enfoque de la prostitución. El primer dato a considerar es que la prostitución es un hecho testarudo que se resiste a su prohibición. Es un hecho que está ahí y hay que afrontarlo.

2º) La prostitución es “una estrategia de supervivencia” de las mujeres, que las proporciona mayores ingresos e independencia económica que los que alcanzarían en otros sectores laborales, en el contexto de una sociedad que reserva los puestos de trabajo más precarios y peor remunerados a las mujeres.

3º) Las personas que ejercen la prostitución tienen plena capacidad para decidir por sí mismas sobre sí mismas y sus condiciones de vida. Las mujeres que la practican no son seres débiles e indefensos merecedores de protección y tutela, como parece deducirse del paternalista sistema abolicionista.

4º) Junto con la prostitución, también hay muchos otros trabajos penosos (minería, etc.), pero a nadie se le ocurre propugnar su prohibición.

5º) Los objetivos que suelen perseguir los poderes públicos cuando regulan la prostitución son recaudatorios o de orden o salud públicas, pero no reforzar los derechos de las personas que ejercen la prostitución. Por eso no sirve cualquier regulación.

6º) La reivindicación de la prostitución como trabajo es apoyada por un sector de mujeres que se dedican a ella. Las aproximaciones políticas o jurídicas al

19 Ver: N. Bingham: “Nevada sex trade...” *ob.cit.*, pp. 77 ss.

20 Así, por ejemplo, para Margo St. James (“*The reclamation of whores*”, en *Good girls/bad girls: feminist and sex trade workers face to face*, Laurie Bell, ed. 1994, p. 84), la trabajadora sexual es “la última ‘mala chica’ del patricarcado”. “Siempre he pensado -escribe (p. 84)- que las putas eran las únicas mujeres emancipadas... nosotras somos las únicas que tenemos el derecho absoluto de follar con tantos hombres como ellos con mujeres”.

21 El término “trabajador sexual” parece haber sido acuñado por Carol Leigh, una defensora de esta perspectiva (ver: E. Berstein, *ob.cit.*, p. 111).

22 “Derechos laborales para las trabajadoras del sexo”, en *Mugak*, nº 23, 2 de septiembre de 2003.

fenómeno no suelen contar con las opiniones e intereses de las personas afectadas y, sin embargo, esta participación es la más importante para no caer en abusos o en paternalismo.

En nuestro país, la defensa de la prostitución como trabajo viene siendo defendida muy activamente, desde una óptica estrictamente empresarial por la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (Anela)²³. Sus objetivos principales son “dignificar la actividad” a la que se dedican, conseguir que se generalice la normativa sobre locales públicos dedicados a la prostitución y que los trabajadores sexuales lleguen a alcanzar un estatuto de trabajadores autónomos, pagando sus impuestos correspondientes y con los derechos laborales y sociales derivados de tal condición. Resulta paradójico, no obstante, que los empresarios de este sector no se reconozcan como empleadores (lo que, por otro lado, y sobre todo después de la reciente reforma del Código Penal, no sería jurídicamente posible), evitando de este modo, las obligaciones derivadas de tal condición. Evidentemente, la comprensible postura de la Anela no busca reforzar los derechos de las personas que ejercen la prostitución, sino sólo en la medida necesaria que les permita dotarse de un marco normativo seguro (frente a la incertidumbre y ambigüedad del actual) y, por supuesto, maximizar beneficios.

Desde luego, no es tarea fácil encajar la prostitución en el concepto de trabajo. La causa del contrato de trabajo reside en el intercambio de servicios por remuneración. Cuando dicho intercambio consiste en el favor sexual la causa concurre en el contrato pero ésta se encuentra viciada por oponerse a las leyes (penales, civiles, administrativas u otras) o a la moral social. La doctrina civilista viene considerando causa opuesta a la moral aquella que repugna a la concepción ético-social imperante, según circunstancias de tiempo y lugar. La prostitución y sus servicios anejos ha sido un clásico ejemplo de ilicitud del

contrato de trabajo en los manuales de Derecho del Trabajo. La figura de la ilicitud se aplica al contrato de trabajo por extensión de las reglas generales de obligaciones y contratos contenidas en nuestro Código Civil. Se consideraba en estos casos a la prostitución como un trabajo prohibido por la Ley, por tratarse objetivamente de un trabajo que era considerado esencialmente inmoral. Se aplicaba el art. 1275 CCv referido a la licitud de la causa, ya que los contratos con causa ilícita, opuesta a las leyes o a la moral no producen efecto alguno. Esta misma regla está presente no sólo en España sino en la mayoría de los derechos europeos continentales. Tratándose de la explotación de la prostitución ajena, aplicar esa nulidad absoluta supone una negación de protección jurídica a las prostitutas, a quienes se les da idéntica respuesta que a quienes les explotan –con el beneficio que para éstos supone–.

En todo caso, la celebración de un contrato nulo por ejercicio de la prostitución deberá ser controlado por la Inspección de trabajo, y se debe comunicar a la autoridad judicial si tales contratos pudieran ser constitutivos de un ilícito penal (art. 3.2 de TRLISOS), desde la reforma de 2003 especialmente con los delitos relativos a la prostitución –al ser considerado delito el lucro explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma– y también con los delitos en contra de los derechos de los trabajadores o la posible concurrencia de otros ilícitos penales como el tráfico ilegal de seres humanos.

La aplicación del ordenamiento jurídico laboral exige que estén presentes al tiempo las cuatro notas que configuran el contrato de trabajo según se define por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores: la voluntariedad, la ajeneidad, la dependencia y la retribución. Algunas dificultades para la normalización del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena provienen directamente de la difícil concurrencia de estas notas en esa actividad:

23 Ver su página web: www.anela.cc

1º) La voluntariedad en su plano negativo significa la falta de coacción: nadie puede ser obligado a realizar una actividad contra su voluntad, ni a permanecer retenido en un local, ni a acudir a él. Esta nota de libertad de consentimiento se da en el alterne, pero no en la prostitución obligada –que es además un delito para la persona que la impone–. Por otro lado, la libertad en la decisión del ejercicio de la prostitución está casi siempre sujeta a condicionantes que hacen a la mujer introducirse en ella y que de algún modo impiden que se esté en presencia de una verdadera libertad o consentimiento al tomar tal decisión, que más bien parece inducida por las circunstancias económicas, sociales y culturales que le conducen a ella y de las que en no pocas ocasiones se observa, por esas mujeres, como la única fórmula que ven de salir de su situación social de vulnerabilidad, aunque realmente se convierte muchas veces en una forma de esclavitud o al menos de servidumbre.

2º) La prohibición del art. 188.1 *in fine* del Código Penal (reformado en septiembre de 2003) de lucrarse de la prostitución ajena aun con el consentimiento de la persona que se prostituye impide que se dé y reciba un salario por esta actividad, pues dicho salario remuneraría el beneficio que obtiene el empresario de la prestación de quien se prostituye. Lo que la excluiría de su consideración de contrato de trabajo por ausencia de esta nota.

3º) Desde los textos internacionales acordados en el seno de Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, bajo el nombre de Convención internacional contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, hay voces que entienden, al margen de las posibilidades que pudieran existir del reconocimiento de la prostitución como una actividad hipotéticamente lícita de tráfico civil o mercantil que ésta jamás podría ser objeto de un contrato de trabajo al impedirse la presencia de la nota de ajeneidad (quedando vetada la explotación de la prostitución ajena). Porque se interpreta que no es admisible que un tercero –que pudiera denominarse empresario– obtenga beneficio o fruto del tráfico sexual de otra persona porque el

considerar a la prostitución merecedora de un contrato por cuenta ajena ataca a la dignidad de la mujer.

4º) La dependencia en este caso de la prostitución significaría permitir que un tercero dirija la actividad sexual, lo que se ha manifestado contrario a los derechos fundamentales y a la dignidad humana. Si la libertad sexual está dirigida y organizada por la dirección de una pretendida empresa dedicada al comercio sexual, ello cercena dicha libertad. Es más, la necesidad de consentimiento en todo servicio sexual anula la posibilidad de considerarlo contrato de trabajo porque no permite la entrada de la dependencia laboral –esto es, la organización o dirección de un tercero–.

La jurisprudencia hace una interesante distinción entre alterne y prostitución. El alterne consiste en un trabajo de la *alternadora*, dedicada principalmente a la captación de clientes para el consumo de bebidas. Utilizando el atractivo sexual de las chicas, se busca animar al consumo: trabajan fuera de la barra, visten con ropa adecuada a las necesidades del servicio y perciben comisiones sobre las consumiciones en que intervienen. La jurisprudencia reconoce que en dicho objeto pueden estar presentes las notas características de la relación laboral: estamos, en estos casos de alterne ante un auténtico contrato de trabajo y como tal desplegará todos sus efectos. La relación se somete a las normas del Derecho del Trabajo, porque reúne todas las notas de aquél: prestación voluntaria de servicios, realizada por cuenta ajena, bajo dependencia de otra persona (en el concepto atenuado de la misma, de subordinación dentro de la integración en el círculo rector y disciplinario empresarial, recibiendo órdenes e instrucciones del empresario) y a cambio de la percepción de una retribución. No es admisible, sin embargo, el contrato de trabajo en el ejercicio de la prostitución por ser imposible que se den las notas que caracterizan la relación laboral, pero tampoco es fácilmente practicable la vía del reconocimiento del trabajo autónomo. La ilicitud del art. 1275 del CC se despliega tanto en el contrato de trabajo como en

posibles convenios de prostitución autónoma. Para una importante mayoría de nuestros Tribunales, el ejercicio de la prostitución sigue siendo notoriamente contrario a las leyes o a la moral; avanzando más, ahora algunos juzgadores lo consideran contrario a la dignidad de la persona y los derechos fundamentales. Conviene recordar que estas apreciaciones de los jueces han estado también presentes durante el periodo en el que no existía la consideración penal del rufián o proxeneta, es decir aun cuando no era delito la obtención de lucro de quien se prostituye por parte de un tercero. En supuestos de ejercicio conjunto de alterne y prostitución se deberá estar a si la ilicitud abarca a toda la prestación o sólo parte de ella. La respuesta de algunos juzgadores es que es válido en cuanto actividad de alternadora e ilícito en el otro sentido, identificando una ficción jurídica de una realidad indisoluble. De seguirse esa posición, todo dependerá de cómo el juez enjuicie la ilicitud de la causa para que ésta debido a su gravedad, intensidad, tiempo dedicado, etc., provoque o no la nulidad del contrato.

Las escasas sentencias que existen sobre la prostitución en el orden jurisdiccional social al enfrentarse al tratamiento que se da a estas conductas coincidían mayoritariamente en acudir al Código Civil, alegando para la inadmisión de un contrato de trabajo, como soporte de una relación de prestación de servicios donde su objeto es la prostitución, el art. 1275 de dicho cuerpo legal. Precepto que se refiere a la ilicitud de la causa. Aunque hoy aparecen otras resoluciones judiciales, bastante menos numerosas que las anteriores, que han mantenido la ilicitud del objeto por ser contraria a los derechos fundamentales y a la dignidad humana. Otras sentencias se centran tan sólo en la ausencia de las notas de laboralidad. La ilicitud y el rechazo al ejercicio de la prostitución no sólo se reflejan en las sentencias del orden jurisdiccional social sino también en la civil y contencioso-administrativa.

Y no hay que olvidar que es el mayor atractivo de la prostitución es el económico. Es reprobable la paradójica conducta de aquellos “empresarios” de locales de alterne que defienden la regulación de la prostitución como una actividad por cuenta propia –alegando el reconocimiento de derechos que de este encuadramiento se derivaría para las prostitutas– cuando en sus locales las camareras de alterne, en no pocos casos, no están dadas de alta en la Seguridad Social como trabajadoras por cuenta ajena, ni por consiguiente ven formalizada su relación laboral. Camilo José Cela escribe de Elvira, en su novela *La Colmena*, una mujer que se echó a la vida, que la pobre “no come lo bastante ni para ser viciosa ni para ser virtuosa”. El desafío es que no haya más Elviras.

3. 2. LA PROSTITUCIÓN COMO EXPLOTACIÓN

Los que defienden esta perspectiva enfatizan que no es cierto que las mujeres elijan entrar en la prostitución entre varias oportunidades de trabajo o que la prostitución signifique un *empoderamiento* para las mujeres. La prostitución es un claro ejemplo de explotación económica y/o sexual en contra de las mujeres. Las personas que la ejercen son víctimas frecuentes de delitos y bastantes estudios confirman que se practica a menudo con miedo y violencia hacia ellas, así como que existe una gran probabilidad de llegar a ejercer la prostitución tras haber sido víctimas de abusos sexuales e incesto durante la infancia y adolescencia²⁴. Las mujeres no eligen practicar la prostitución, sino que son coaccionadas o forzadas física, psicológica o económicamente a hacerlo. Algunas autoras llegan a hablar de *esclavitud sexual*²⁵. Que la prostitución sea un trabajo como otro es descalificado como “mito” destinado a “perpetuar la desigual situación de las mujeres”; en efecto, hay quien²⁶ sostiene, en este sentido, que: “Hay un intento

24 N. Bingham, *ob.cit.*, p. 82.

25 Kathleen Barry: *Female Sexual Slavery*, 1979.

26 Sarah Wynter: “*Whisper: women hurt in systems of prostitution engaged in revolt*”, *Sex Work: writings by women in the sex industry*, F. Delacoste & P. Alexander, eds., 1.987, p. 266.

deliberado de validar las necesidades masculinas y el auto-proclamado derecho a vender y comprar los cuerpos femeninos para uso sexual. Esto ha ido acompañado, en parte, catalogando la prostitución como un trabajo. Los hombres han promovido el mito cultural de que las mujeres buscan activamente la prostitución como una alternativa económica placentera a los trabajos monótonos, mal pagados y de escasa cualificación, ignorando convenientemente las precondiciones y la desigualdad de las mujeres que convierten a las mujeres en vulnerables a la prostitución. Los hombres han tenido tanto éxito en reforzar este mito y controlar la cultura que su papel central en la explotación sexual comercial de las mujeres ha llegado a ser invisible". La prostitución es una relación "inherentemente asimétrica" que debe ser claramente distinguida de otros tratos corporales o, más generalmente, de otras formas de trabajo asalariado²⁷. Es la misma mujer y no otro servicio la que el cliente está interesado en comprar. Es una venta de la propia personalidad de un modo más profundo y de una distinta manera que otros trabajos que también se basan en la ficción de "la propiedad sobre una persona" (un deportista de élite, por ejemplo). Son la inextricabilidad de la sexualidad y la autoidentidad, tanto como el papel de la prostitución en mantener la sistemática desigualdad de género en la sociedad los que han conducido a esta corriente del discurso feminista a argumentar la "inalienabilidad mercantil" de la prostitución²⁸.

En interesante recordar, en este sentido, que el Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, tantas veces citado, rotundamente afirma que "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad". Incluso algún juez español ha llegado a calificar el fenómeno de la prostitución como una manifestación de la violencia de género, así la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 7 de mayo de 2004 (Ar. 165981): "La prostitución es una violación continua y reiterada de la dignidad de la mujer; es un ataque frontal contra su arcano más íntimo, esto es, su capacidad de decidir en plena libertad sobre su indemnidad e intimidad sexual. Desde otra perspectiva, la prostitución igualmente es una manifestación y proyección concreta de la violencia de género, porque estrangula desde el comienzo la posibilidad de desarrollar con dignidad la personalidad de la mujer (cf. Art. 10 de la Constitución española)".

Dos autoras²⁹ que en el marco del pensamiento feminista más se han destacado en su rechazo de la prostitución han sido Andrea Dworkin³⁰ y Catherine A. MacKinnon³¹. La primera, en un influyente artículo, conceptúa la prostitución "como el uso del cuerpo de una mujer por un hombre, que paga y hace lo que quiere" (p. 2), y, desde ahí, sostiene que la

27 Christine Overall: "What's wrong with Prostitution? Evaluating sex work", en *Signs: J. Women Culture & Society*, vol. 17, núm. 4, 1992, p. 717.

28 Ver: Elisabeth Bernstein: "What's wrong with Prostitution? What's right with sex work? Comparing markets in female sexual labor", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 10, 1999, p. 96.

29 Por supuesto, no son las únicas que podrían citarse en causa. También podrían recordarse los trabajos de Carole Pateman (*The sexual contract*, 1988) y de Christine Overall, *ob.cit.*, pp. 705-724. Todas ellas coinciden en que la sexualidad está en la raíz de todas las formas de desigualdad sexual y la "objetificación" sexual es la clave de la subjeción femenina (ver: Elisabeth Bernstein: "What's wrong with Prostitution? What's right with sex work? Comparing markets in female sexual labor", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 10, 1999, p. 95).

30 "Prostitution and male supremacy", en *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. I, 1993, pp. 1-12.

31 "Prostitution and civil rights", en *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. I, 1993, pp. 13-31.

prostitución “es intrínsecamente abusiva” (p. 3). Las prostitutas son consideradas “mujeres sucias” y “contagiosas, fuentes de infecciones”, “merecedoras de castigo no por lo que ellas hacen, sino por lo que ellas son” (p. 6). En la prostitución “ninguna mujer permanece del todo completa” (p. 3)³². Se trata de una manifestación de “un sistema de dominación masculina”, en virtud del cual, “un clase entera de personas son tratadas con crueldad e indignidad y humillación, llegando a convertirse en esclavas, para que los hombres tengan el sexo que ellos piensan les corresponde como derecho” (p. 4).

No menos contundente se muestra C. MacKinnon. A las mujeres que están en la prostitución “se les deniega cada derecho fundamental”, pues la prostitución “consiste en el rechazo de la humanidad de las mujeres, no importa cómo se defina la humanidad” (p. 13). Se les viola el derecho a no sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes porque “son torturadas a través de repetidas violaciones y de todas las formas convencionales reconocidas”. Las mujeres son prostituidas “precisamente para degradarlas y someterlas a tratos crueles y brutales sin límites de humanidad; es la oportunidad para hacer eso a cambio de dinero” (p. 13). Tampoco se les garantiza el derecho a la seguridad (p. 14). Ni a la libertad, porque la prostitución es esclavitud sexual femenina, por eso no pueden dejar la actividad

aunque abrumadoramente así lo desean (p. 14). Ni a la privacidad, porque en la prostitución “ninguna mujer tiene espacio libre de ojos entrometidos, manos entrometidas... a lo largo de su propia piel” (p. 15). Ni a la libertad frente a arrestos arbitrarios³³. Ni a la propiedad privada, porque son explotadas por sus proxenetas. Ni a la libertad de expresión, al revés, “la pornografía –el discurso de los proxenetas– es una expresión constitucionalmente protegida³⁴” (p. 15). Ni al derecho a la vida o a ser persona. Ni al derecho a no sufrir discriminación (algunas leyes norteamericanas castigan sólo la prostitución femenina; a menudo se sanciona a la prostitutas pero no a sus clientes³⁵). MacKinnon encuentra aplicable a la prostitución la decimotercera enmienda de la Constitución norteamericana, aquella que prohíbe la esclavitud³⁶: dicha disposición “prohibiría la prostitución como institución” (p. 26). La prostitución se enmarca dentro de “múltiples relaciones de dominación, degradación y sometimiento”: “del proxeneta hacia la prostituta, de los hombres sobre las mujeres, de los viejos sobre los jóvenes, de los ciudadanos sobre los inmigrantes, de los ricos sobre los pobres, de los violentos sobre las víctimas, de los relacionados socialmente sobre los aislados... de los respetados sobre los despreciados” (pp. 24 s.). Las mujeres en la prostitución “están sujetas a una casi total dominación”³⁷, física y también psicológica (p. 25). Las mujeres no se encuentran en la prostitución de modo libre³⁸ (p. 27).

32 “Una entera vida humana es reducida a unos pocos orificios sexuales, en los que el cliente puede hacer lo que quiera” (p. 6). Ella “está en venta”, “no tiene nombre”, “es una boca, una vagina, un ano”, “no es nadie” (p. 7).

33 Recuérdese que en Estados Unidos, salvo en Nevada, la prostitución es una actividad tipificada penalmente.

34 Y la pornografía sería “el arma de la prostitución”... “Cuando tú haces pornografía de una mujer, tú la conviertes en prostituta” (p. 30).

35 Esto no constituiría discriminación sexual, según algunos tribunales, porque las mujeres tienen más probabilidades de comunicar enfermedades venéreas que los hombres (p. 19).

36 “Comparada con la esclavitud de los afro-americanos, la prostitución es más antigua, más persistente a lo largo de las culturas, y se basa sobre el sexo y sobre el sexo y la raza (pues para las mujeres negras en los Estados Unidos, la relación entre prostitución y esclavitud es menos una analogía que una continuidad con su uso sexual bajo la esclavitud)” –p. 22–.

37 “Es común para las prostitutas ser privadas de alimento y bebida, golpeadas, torturadas, violadas y amenazadas” (p. 25).

38 El que la mayor parte de las mujeres que se dedican a la prostitución “fueron sexualmente abusadas durante su infancia” y “entraron en ella antes de llegar a la adultez” desmentiría “la pátina de libertad y glamour de liberación que la estrategia de mercado presenta para que los usuarios disfruten utilizándolas” (p. 28).

Si la prostitución es una opción libre³⁹, se pregunta MacKinnon (p. 28), “¿por qué son las mujeres con menores oportunidades las que más a menudo optan por ella?”.

Ambas perspectivas, la prostitución como trabajo y la prostitución como explotación, aportan ideas de peso, pero la aceptación íntegra de una o de otra es problemática debido a la radicalidad de sus respectivos planteamientos. Un enfoque que, prestando atención a la realidad del fenómeno de la prostitución⁴⁰, pudiera, acaso, intentar superar la contradicción de las dos perspectivas indicadas transitaría por los siguientes argumentos. Primero, todas aquellas formas de prostitución (casi todas en la práctica) en las que las personas que la practican han sido inducidas o forzadas (por otras personas o por sus propias circunstancias personales o sociales) en un sentido amplio son, claramente, ejemplos de explotación que no debiera tolerarse de ningún modo porque entrañan un ataque directo y grave de la dignidad de tales personas⁴¹. Segundo. Es preciso constatar, como se deduce de los estudios sobre la materia y de la reivindicación de algunas de las personas que la ejercen, que no todas las formas de prostitución responden al patrón anterior, sino que son asumidas libremente por ellas. Tercero. En consecuencia, las dos perspectivas teóricas de la prostitución deben situarse en una relación de complementariedad más que de alternatividad. Las dos tesis aciertan, pero cada una de ellas se refiere a un tipo de prostitución: la prostitución como trabajo, a la prostitución realmente (y no sólo formalmente) libre y la prostitución como explotación a la que no lo es, que, por cierto, es la más abundante pero no la única. Si se aceptara la tesis de la prostitución como

explotación, la única respuesta jurídica válida posible sería la de la prohibición incondicional de la prostitución, pues ésta violaría la dignidad de la mujer (art. 10.1 CE), constituiría un trato degradante prohibido (art. 15 CE) y una discriminación prohibida basada en el género (art. 14 CE). Si se aceptara el modelo de prostitución como trabajo, la consecuencia jurídica necesaria habría de ser la conformación de tal actividad dentro del resto de actividades profesionales o laborales. De la idea de dignidad y de su concreción en el sistema de derechos fundamentales de nuestra Constitución, no se deriva obligatoriamente, sin embargo, una u otra tesis. Ya se ha indicado que de la Constitución no se desprende un derecho fundamental a practicar la prostitución (ni a los derechos laborales y sociales aparejados) o a que ésta sea reconocida como un oficio o profesión. Pero tampoco se deriva necesariamente de ella (como habría que entender si se aceptara la tesis de la prostitución como explotación/ataque a la dignidad) la obligación para el legislador de prohibirla porque suponga en todo caso (dejando a salvo la protección constitucional a los menores de edad e incapaces) un ataque a la dignidad de las personas que la ejercen. Ésta es una afirmación que requiere alguna justificación adicional porque, ya desde el propio Kant, es corriente sostener que la dignidad incluye un deber de protección de la persona incluso contra sí misma, de tal suerte que el poder público se encuentra autorizado y obligado a intervenir contra los actos y omisiones de las personas que, aún voluntariamente, atentan contra su propia dignidad. Podría pensarse, en este sentido, que incluso la prostitución libre debiera prohibirse porque supone una agresión (aunque conocida y aceptada por el sujeto que la practica) de su

39 MacKinnon habla de la “ilusión de la elección” (p. 28).

40 Elemento que debe ser tenido en cuenta para evitar que siga acertando Elisabeth Bernstein (*ob.cit.*, p. 91) al afirmar que “la prostitución ha sido abundantemente teorizada pero insuficientemente estudiada”.

41 Cabe recordar aquí lo concluido, por ejemplo, en las Sentencias de los Juzgados de lo Social de Vigo (núm. 2), de 9 de enero de 2002 y de Granollers (núm. 1), de 12 de abril de 2003, en el sentido de que la prostitución de la que se aprovecha económicamente un tercero “no puede ser objeto de relación laboral porque nadie puede organizar ni dirigir la actividad sexual de ninguna mujer porque atenta contra los derechos fundamentales y la dignidad humana”.

42 No se olvide, en cualquier caso, que la prostitución es un fenómeno que no tiene una exclusiva dimensión individual

dignidad⁴². Algún ejemplo no de laboratorio sino real podría ilustrar esta idea⁴³. En su *arrêt* de 27 de octubre de 1995, el Consejo de Estado francés declaró conforme a derecho la decisión del prefecto de Morsang-sur-Orge de prohibir un espectáculo público en el que se invitaba a los espectadores a lanzar personas enanas lo más lejos posible dentro del establecimiento. A juicio del prefecto, los “campeonatos de enanos” en discotecas no podían tolerarse por constituir una ofensa a la dignidad humana, siendo irrelevante la voluntaria participación de los mismos en el espectáculo, pues la dignidad (que debe ser considerado como un componente del orden público⁴⁴) es un bien *extra commercium* y es irrenunciable. De modo más discutible, pero en un sentido semejante, el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán falló, en la famosa decisión “Peep-show” de 1981⁴⁵, que la participación de una mujer en un espectáculo de este tipo⁴⁶, incluso con su consentimiento, podría ser considerado por un legislador tan incompatible con el principio de dignidad humana como para (legítimamente) prohibirla. Sería un espectáculo degradante de la dignidad de la bailarina. El Tribunal alemán sostuvo la tesis de que “la dignidad humana, cuya importancia está por encima de un individuo determinado, ha de ser asimismo defendida frente a la intención del

afectado de realizar ciertas concepciones subjetivas en abierta desviación de la dignidad objetivamente considerada”⁴⁷.

Obviamente, no es lo mismo un “campeonato de lanzamiento de enanos” o una exhibición de *peep-show*, que el ejercicio de la prostitución, pero estos supuestos tienen en común que podrían considerarse agresiones ilegítimas a la dignidad de las personas participantes aún con el consentimiento de éstas. Ello nos conduce a una cuestión más general, la de los límites de la protección jurídica de los individuos contra sí mismos, esto es, los límites del, así denominado, *paternalismo jurídico*⁴⁸. Son muchos los ejemplos que podrían aducirse: desde la prohibición del suicidio asistido o la eutanasia activa directa, hasta la obligación de llevar cinturones de seguridad en los coches, pasando por la prohibición de bañarse en una playa que no tenga socorrista o con bandera roja, o de comprar medicamentos sin receta médica, etc. La justificación del paternalismo jurídico es la de tratar evitar que el sujeto se dañe a sí mismo (sobre todo, aunque no sólo, en los casos en los que sufre un déficit de consentimiento o de conocimiento que le lleve a ignorar el peligro a que se expone con su conducta). El origen doctrinal del paternalismo se

relativa a las personas que la ejercen, sino también, y muy importante, de índole social y de orden público. Los intereses y derechos de tales personas, con ser los bienes más importantes del modelo de regulación jurídica, no son los únicos en presencia a ser considerados.

43 Según recuerda, aunque no relacionándolo con la prostitución, Ingo Sarlet, *ob.cit.*, p. 88.

44 Es la primera vez que el Consejo de Estado explícitamente reconoce esto. La salvaguarda de la dignidad de la persona contra toda forma de degradación o sometimiento había sido ya elevada a rango de principio de valor constitucional por el Consejo Constitucional francés (Decisión de 27 de julio de 1994).

45 BVerwGE 64, 274.

46 La Sentencia distinguía entre tipo de espectáculo y el de un simple striptease, que no vulneraría la dignidad de la bailarina porque, al actuar de cara al auditorio, podría verla y, de este modo, dejar su individualidad intacta.

47 Una crítica de esta Sentencia puede encontrarse en el *Manual de Derecho Constitucional* de BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE (Marcial Pons, 2001, p. 144). El individuo no puede renunciar a su dignidad, pero sí determinar por sí mismo la forma en que presentarse a terceros o en el espacio público. La decisión del Tribunal debe criticarse porque hace de la dignidad humana un valor absoluto. Cuando un determinado comportamiento resulta socialmente perjudicial no tiene por qué ser aceptado, pero no cabe admitir la idea de que “alguien haya de ser protegido contra sí mismo o contra una concepción dudosa de su dignidad”. No es misión del Estado “enmendar la plana y corregir a los ciudadanos” (BVerfGE 22, 180 (219)).

48 Sobre este concepto, ver: M. Alemany García, “El paternalismo jurídico”, en *Materiales Iustel de Teoría del Derecho* (www.iustel.com/cursos.asp?id=4084529). Este autor advierte que, en el lenguaje ordinario actual, la palabra “paternalismo” tiene una carga de “emotividad desfavorable”, pero esto no debe contaminar las posibilidades de su utilización conceptual.

debe a Herbert L. Hart⁴⁹, que, en el marco de la discusión sobre los límites morales del derecho penal, propone una vía intermedia entre el moralismo jurídico sostenido por Lord Devlin⁵⁰, para quien todo acto inmoral aunque no dañe a terceros incumbe a la sociedad y, por tanto, debe ser sancionado, y el principio liberal de John S. Mill⁵¹, para el que a la sociedad sólo le incumbe, en cuanto a la coacción se refiere, aquellas conductas del individuo que dañen a terceros. Hart se opone tanto al moralismo jurídico, negando que la mera inmoralidad de un acto privado sea suficiente para legitimar una intervención penal, cuanto a la tesis del daño a terceros de Mill porque puede haber razones distintas a las aportadas por el moralismo jurídico que justifiquen sanciones penales de actos privados: éstas son las razones paternalistas⁵². De hecho, como argumenta E. Garzón Valdés⁵³, el propio Mill tuvo que reconocer algunas excepciones a su idea general de que nadie es mejor juez que uno mismo respecto de lo que daña o no a sus intereses, como en el caso de que “alguien crea que lo que más le conviene es firmar un contrato de esclavitud y renunciar de esta manera a su libertad para siempre”, o en el supuesto de los ciudadanos de países que no han llegado a un nivel de desarrollo comparable al de “los países civilizados de Europa”. Tampoco el argumento de la autonomía personal (cuando el ordenamiento actúa paternalistamente se niega la posibilidad de elegir a una persona y la decisión es impuesta por otro) es suficiente para negar la validez en ciertos casos del paternalismo jurídico porque esa misma objeción podría hacerse igualmente para cualquier tipo de obligación jurídica que se imponga al

individuo (que no puede defraudar impuestos, matar a otra persona, etc.). Ahora bien, admitido el paternalismo jurídico en ciertos casos, ¿entre ellos podría incluirse el de la prostitución? Que la prostitución, incluso la libremente ejercida, puede producir graves daños físicos y psicológicos a quien la practica, parece ser un hecho incontrovertido. De ahí que se prohíba para menores e incapaces. Más aún. La prostitución puede generar o fomentar escenarios de comisión de otros delitos y, en general, alterar la salud y seguridad públicas, de modo que puede causar daño no sólo a las personas que la ejercen, sino al orden público. Por otro lado, el acto de prostitución supone, en todo caso, un intercambio asimétrico pues supone la venta (temporal) de la propia personalidad a cambio de dinero, entraña una devaluación del cuerpo de las mujeres que la ejercen porque pone una etiqueta con el precio nada menos que a su sexualidad⁵⁴. Se trata de un intercambio mercantil de cosas que pertenecen a diferentes esferas de valoración (como sucede también con otras cosas que no pueden ser vendidas: votos, órganos humanos, etc.), dada la naturaleza del bien en cuestión y del tipo de transacción⁵⁵. Por eso el *derecho prostitucional* debe dictarse, en primer lugar, desde la consideración de los derechos de las personas que la ejercen (sin ignorar el resto de derechos e intereses en presencia), pero, en cualquier caso, otros principios fundamentales de actuación de los poderes públicos en presencia han de ser los de intentar prevenir el fenómeno para que no se dé o se produzca con la más baja intensidad posible, así como el de ofrecer constantemente alternativas viables para poder abandonar la práctica de la prostitución.

49 *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963.

50 *The Enforcements of Morals*, Oxford University Press, 1959.

51 *Sobre la libertad* (1859). Utilizamos la edición española de Tecnos, Madrid, 1.978, p. 135.

52 Alemany, *ob.cit.*

53 “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, nº 5, 1.988 (en “www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA”).

54 Escribe A. KIMBRELL (*The Human Body Shop*, 1993, p. 35): “Si compro un Premio Nobel, corrompo el significado del Premio Nobel, si compro y vendo niños, corrompo el significado de la paternidad, si me vendo a mí mismo corrompo el significado de lo que es humano”.

55 Una discusión sobre las razones justificativas de por qué unas cosas pueden ser vendidas y otras no, puede verse en la *Note* del Consejo de Redacción de la *Harvard Law Review*, dec. 2003, n. 2, pp. 689-710: “*The price of everything, the value of nothing: reframing the commodification debate*”.

¿Podría, pues, el legislador prohibir su ejercicio válidamente de manera universal, al tipo sueco? Por supuesto que sí y el modelo sueco gana adeptos cada día. Cuestión distinta es que en la determinación de la política social y criminal del fenómeno hayan de considerarse otros factores que no hagan aconsejable una regulación de este signo.

Así que puede concluirse que la Constitución española y el postulado de la dignidad personal que reconoce ni prohíbe la prostitución (se entiende, claro es, la prostitución ejercida de modo material y no sólo formalmente libre por adultos), ni impide su eventual prohibición legislativa, ni obliga a su reconocimiento jurídico como trabajo, sino que permite una amplia libertad de configuración por parte del legislador, que puede (y debe) interpretar políticamente en cada momento la cuestión y optar por uno u otro modelo de regulación. La ley, según la famosa expresión del Tribunal Constitucional Federal alemán, constituye “la expresión permanente de la valoración ético-social” de una comunidad⁵⁶. Sin perjuicio de que los tribunales ordinarios o, en su momento, el Tribunal Constitucional puedan ir configurando los perfiles válidos del ejercicio de la prostitución (así lo vienen haciendo, por ejemplo, al sentar que la actividad de alterne, distinta de la prostitución, es una actividad laboral lícita), es al legislador (representante de los ciudadanos), y en España más precisamente al legislador estatal y a los regionales a quienes corresponde regular el fenómeno (o no hacerlo o hacerlo de modo parcial, que es otra forma, justamente la actual, de abordar el problema).

En este punto, y como se ha señalado, el modelo sueco, que es una mezcla de abolicionismo y de prohibicionismo, presenta elementos de interés frente al modelo de normalización o legalización holandés, australiano o alemán. Así lo destaca el citado Informe del Departamento Confederal de la Mujer de U.G.T. de diciembre de 2.005. Según

algunos estudios que invoca tal Informe, los modelos normalizadores han provocado un drástico aumento de la industria del sexo (el Informe alerta contra el hecho de que, incluso sin solución normalizadora, España se ha convertido ya en “el burdel de Europa”), del crimen organizado en torno a la prostitución, del tráfico de mujeres extranjeras y de la violencia contra las mujeres. En Holanda, casi el 80% de las mujeres que ejercen la prostitución querrían dejar su actividad, pero no se han puesto en marcha programas de ayuda para ello. Se han denunciado, además, importantes presiones de los proxenetes para que las mujeres ejerzan la prostitución como autónomas, impidiendo de este modo que accedan a los derechos sociales y laborales; así como para que no denuncien las terribles condiciones de trabajo. Sin embargo, según el Informe, la experiencia sueca está resultando todo un éxito. La Ley 408/1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, de compra de servicios sexuales ocasionales, castiga, en el marco de la legislación general sobre violencia de género, tal compra o su intento con una pena de hasta seis meses de cárcel, aunque en la mayoría de los casos la sanción no pasa de una multa. La filosofía feminista en la que se inspira es que los explotadores/compradores deben ser castigados mientras que las víctimas/prostitutas deben recibir ayuda. De hecho, las autoridades suecas han movilizado cuantiosos fondos para crear programas que ofrezcan trabajos alternativos para las mujeres que ejercen la prostitución. En los primeros cinco años de vigencia de la Ley, se han impuesto 914 sanciones y se ha reducido sensiblemente el fenómeno de la prostitución y, sobre todo, la callejera. Es difícil, no obstante, valorar la eventual importación de este modelo a nuestro país, con una población que cuadruplica la sueca y, sobre todo, con una población gravitante en torno a la prostitución de enormes dimensiones (ya que se calcula que unas trescientas mil mujeres se dedican a la prostitución y que, al menos, uno de cada cuatro varones residentes en España ha sido cliente en alguna ocasión).

56 BVerfGE 39, 1 (59).

4 ■ CONCLUSIÓN: ¿CÓMO CORREGIR EL DÉFICIT DE CIUDADANÍA DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PROSTITUCIÓN?

En definitiva, se puede concluir que no es razonable postular un único modelo de tratamiento jurídico del fenómeno de la prostitución y de validez, además, universal. Cada ordenamiento jurídico debe establecer un derecho prostitucional específico y coherente, que integre, de modo armónico, elementos de prohibición (así sucede con la prostitución de menores, la de incapaces, la de extranjeras en situación de vulnerabilidad, con la criminalización del rufianismo, etc.), de reglamentación (urbanística, de orden público, sanitaria, etc.), de abolición (considerando que la prostitución es una actividad socialmente no deseable que agrede la dignidad y no pocos derechos de las personas que la practican y que, por tanto, se trata de una situación de actividad libre tolerada por el Derecho pero en ningún caso de un derecho subjetivo y mucho menos de un derecho subjetivo fundamental), e, incluso, de normalización jurídico-laboral en algunos casos muy limitados (la prostitución –escasamente existente en la realidad– autónoma por completo). Y es que en el complejo mundo de la prostitución, las personas que la ejercen son en parte víctimas (como postula el modelo abolicionista), en parte “profesionales” de una actividad de riesgo para sí mismos y para terceros (como enseña el modelo reglamentista) y también en algunos casos, participantes y/o víctimas de auténticas conductas delictivas (según observa el modelo prohibicionista). Una de las principales dificultades que planean sobre el correcto y eficaz abordaje del fenómeno, es que se trata de un oficio en gran medida todavía *invisible*, cuyos titulares son una minoría aislada y sin voz sobre los que recae un estigma social hondamente arraigado. El tratamiento jurídico de la prostitución ha de reunir una combinación de elementos de los diversos modelos descritos, pero el eje axial, el auténtico hilo de Ariadna del laberinto fáctico y normativo en que se ha convertido la prostitución, ha de ser la consideración en serio de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas que la

ejercen. En otras palabras, la caracterización de las prostitutas, ante todo, como sujeto de derechos. Y por ello tiene sentido que, junto con la introducción parcial de diversos elementos de los modelos tradicionales (no tan radicalmente enfrentados en la práctica como a menudo se presentan), se reconozcan por el ordenamiento jurídico una serie de políticas sociales de prevención, minimización de los eventuales daños, y búsqueda constante de alternativas viables a su ejercicio, así como de derechos específicos para este colectivo (fomento del asociacionismo, de los canales para hacerse oír en la sociedad y por las administraciones, creación de un órgano municipal o regional específico de interlocución y protección, etc. –algunas de las regulaciones normalizadoras contienen medidas interesantes–). Hasta el momento, el derecho de la prostitución se ha construido en nuestro país de modo incoherente (ahí están, por ejemplo, las divergentes líneas de la política estatal, que endurece las condiciones de ejercicio en locales públicos y de alguna política regional, que claramente las fomenta), fragmentario (por superposición de regulaciones más que por un planteamiento racional, global y previsor del fenómeno) y, desde luego, al margen de las personas que ejercen la prostitución. El camino para su empoderamiento real no pasa tanto, seguramente, por cubrir su déficit de derechos laborales, como propugna el modelo de normalización, cuanto, entendemos, por corregir su déficit de ciudadanía. Se trataría de superar su exclusión mediante el trabajo y no tanto de integrar la prostitución en el trabajo. Ahí está el auténtico *punctum ardens* ■

