



Universidad de Valladolid

Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

GRADO EN DERECHO

EL DEBATE SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

AUTORA: Pilar Fresneda Gutiérrez

TUTORA: Araceli Álvarez Álvarez

FECHA CONVOCATORIA:

Ordinaria

RESUMEN

Desde épocas remotas hasta el día de hoy, ha existido un oficio notoriamente estigmatizado, invisibilizado e incluso calificado de forma peyorativa: la prostitución.

A ello se suma el limbo jurídico en que se encuentra la cuestión prostitucional en nuestro país; que no es más que fruto de la moral latente en el contexto socio-cultural del momento, moral que no debe ser tan solo considerada como una única y comunitaria, sino también teniendo en cuenta las diversas morales individuales pertenecientes a cada individuo aisladamente considerado.

El objetivo es claro: lograr la elaboración y aplicación de una regulación basada en un modelo jurídico de entre los existentes (ya sea de forma pura o heterogénea), por medio del cual paliar los efectos negativos que ocasiona la prostitución, tanto en quien la ejerce como en terceras personas. Regulación que contemplaría la laboralización, acerca de la cual me pronunciaré en el trabajo abordando no solamente la cuestión de su admisibilidad, sino también aportando posibles regulaciones o aportaciones en la materia.

Sin embargo, dicho objetivo legislador se ve obstaculizado por un profundo debate filosófico acerca de la admisibilidad de la intervención estatal en la prostitución y hasta qué punto puede el Estado imponer una moral sobre sus ciudadanos.

Así las cosas, en este trabajo analizaremos la prostitución desde una perspectiva subjetiva, la moral, así como en el marco típico de nuestro ordenamiento jurídico, relacionándola con los diversos derechos con los que puede conculcar.

PALABRAS CLAVE

Prostitución. Trabajo sexual. Abolicionismo. Reglamentarismo. Paternalismo jurídico. Moralismo jurídico. Autonomía. Libertad. Voluntariedad.

ABSTRACT

From ancient times to the present day, there has been a notoriously stigmatized, invisible and even pejoratively qualified trade: prostitution.

Added to this is the legal limbo in which the prostitution issue is found in our country; that it is nothing more than the fruit of latent morality in the socio-cultural context of the moment, morality that should not only be considered as a single and communal one, but also taking into account the various individual moralities belonging to each individual considered in isolation.

The objective is clear: to achieve the elaboration and application of a regulation based on a legal model among those that exist (either purely or heterogeneously), through which to alleviate the negative effects caused by prostitution, both in those who exercise it as in third parties. Regulation that would contemplate laborization, about which I will pronounce myself at work, addressing not only the question of its admissibility, but also providing possible regulations or contributions on the matter.

However, said legislative objective is hampered by a deep philosophical debate about the admissibility of state intervention in prostitution and to what extent the State can impose morality on its citizens.

Thus, in this work we will analyze prostitution from a subjective, moral perspective, as well as in the typical framework of our legal system, relating it to the various rights with which it can violate.

KEYWORDS

Prostitution. Sex work. Abolitionism. Reglamentarism. Legal Paternalism. Legal moralism. Autonomy. Freedom. Voluntary nature.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	CONCEPTUALIZACIÓN, MARCO HISTÓRICO Y TIPOLOGÍA	7
3.	MODELOS REGULATORIOS.....	12
4.	CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL	16
	4.1 Caracteres.....	16
	4.2 Entre la negación y la admisión de la laboralidad en la prostitución.....	19
	4.3 Aproximación regulatoria.....	22
	4.4 Cuestiones subyacentes.....	27
5.	LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES Y PATERNALISMO SOBRE LA PROSTITUCIÓN.....	29
	5.1 Terminología y presupuestos.....	29
	5.2 El mercado prostitucional.....	31
	5.3 Debate iusfilosófico	33
	5.3.1 Sobre el paternalismo.....	33
	5.3.2 Instrumentalización	36
	5.4 Admisibilidad del paternalismo en la prostitución	37
	5.5 La imposición de la moral por el Derecho	38
	5.5.1 Moralismo jurídico	45
6.	PROSTITUCIÓN Y DERECHO	50
	6.1. Introducción	50
	6.2. Ética y derechos en la prostitución	51
	6.3. Influencia en los derechos constitucionales	52
	6.3.1. Dignidad	53
	6.3.2. No discriminación	56
	6.3.3. Derecho a la intimidad	56
	6.3.4. Libre elección de oficio	56

6.4.	Informe sobre la situación de la prostitución en nuestro país de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes	57
6.5.	Otras formas de protección de los derechos fundamentales	58
7.	CONCLUSIÓN	60
8.	BIBLIOGRAFÍA	62
9.	JURISPRUDENCIA.....	63

1. INTRODUCCIÓN

La prostitución, habitualmente considerada como “el oficio más antiguo del mundo” ha venido siendo un tema políticamente controvertido desde sus inicios, ocasionando disidencias no solo cronológicamente en la historia sino también socialmente.

Pasando por diversos marcos regulatorios posibles se observan las polémicas que engloba la actividad, planteando cuestiones que habitualmente se mueven en el plano penal, laboral, constitucional y administrativo. Sin embargo, a pesar del deber de pasar brevemente por todos estos campos para garantizar un acercamiento en la materia, el trabajo que nos ocupa versa sobre filosofía, por lo que cobrará especial relevancia la moral, la relación que puede tener el derecho con la moral, la posibilidad de intervencionismo por parte del Estado en la parcela de los particulares y demás cuestiones.

Asimismo, el retrato-tipo de la prostituta ha variado en los últimos años. Hace 30 años se daba el de una chica de origen rural víctima de la marginación social desde la infancia y dedicada a la prostitución desde la adolescencia; En los noventa se añadía la imagen de la drogodependencia; y actualmente predomina la imagen de mujeres inmigrantes, afectadas por la pobreza, estigmatizadas socialmente y cuyo círculo social suele restringirse al de la prostitución.

En España, dar una clasificación jurídica a la actividad prostitucional es complejo, ya que, si bien no constituye delito (aunque sí lo sean las conductas consistentes en forzar a alguien a prostituirse o en lucrarse de la prostitución ajena), tampoco se encuentra legalmente amparada (no siendo considerada por el Derecho laboral como relación laboral), pues el hipotético contrato de intercambio de sexo por dinero es nulo como consecuencia de tener una causa contraria a la moral. Es por ello que se plantea la cuestión de si se debería laboralizar la prostitución, estableciendo en su caso matices propios de una actividad especial en aras a la mejor garantía de los intereses de las trabajadoras sexuales. Que la prostituta no sea una delincuente no equivale a que su actividad esté bendecida por el ordenamiento jurídico, y es ahí donde debe intervenir el Derecho, abordando el limbo jurídico en que esta actividad queda sumida.

Detrás de toda esta controversia, se encuentran, razones éticas, dividiéndose la opinión social entre quienes consideran que no es una actividad ética, esgrimiendo a grandes rasgos cuatro razones principalmente: que en ningún caso es libre, sino forzada por las circunstancias de vulnerabilidad de todo tipo que sufren estas mujeres; no ejercen la libertad sexual pues no se

busca con ella el placer o el deseo; es desigualitaria porque existe un patrón de dominación del hombre sobre la mujer; y es contraria a la dignidad humana en tanto causa males físicos y psíquicos a las prostitutas que la han ejercido. Por su parte, quienes la consideran una actividad neutra éticamente hablando, consideran que sí que existe ejercicio de la libertad de la persona que se prostituye, mediante la celebración de un contrato de intercambio de un producto por un precio; que es una actividad dura como pueden ser otras, pero ello se ve reforzado por el estigma que la rodea, lo cual no implica que sea contraria a la ética.

Si llevamos a un extremo esta cuestión ética, habría que preguntarse en términos filosóficos, qué es la dignidad humana, qué es la libertad y si ésta tiene límites; si hay un concepto único de dignidad; si podemos hablar de consentimiento libre cuando en el mismo intervienen circunstancias de pobreza o vulnerabilidad; si la libertad requiere un mínimo de igualdad para ser libertad; y, si es dañina para la dignidad humana, hasta qué punto se puede ejercer esta libertad o hasta qué punto negársela a otras personas.

Por otro lado, son múltiples los ámbitos de repercusión aludidos durante el debate prostitucional: implicaciones para la salud, consecuencias en las personas, el marco legal, la violencia sobre las mujeres, la inmigración y permisos de residencia o de trabajo, el aislamiento social, la coacción...etc.

Pero si algo es indiscutible es que el debate prostitucional gira entorno a la siguiente cuestión: ¿está una persona éticamente legitimada, en cualquier tiempo y circunstancia, para acceder por precio al cuerpo de mujeres, aunque este acceso se le ofrezca libremente?

2. CONCEPTUALIZACIÓN, MARCO HISTÓRICO Y TIPOLOGÍA

Conviene en primer lugar establecer un concepto de prostitución, entendiéndose por tal, conforme a la RAE, la actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero. El término procede del latín de la palabra “prostitutio”, que tiene la misma connotación que la actual y que proviene del término “prostituere” que significa exhibir para la venta. Ello denota que su existencia no es reciente, sino que, al contrario, se remonta mucho tiempo atrás, siendo incluso considerada como la profesión más antigua del mundo.

Ya en la Biblia se referencia esta actividad, en el Génesis 38: 14-26, donde Tamar se hace pasar por prostituta, en el Libro de Josué y en el Libro del Apocalipsis.

En la Edad Antigua, en la antigua Mesopotamia ya existían leyes que protegían a las prostitutas, y de igual manera en el Código de Hammurabi, que regulaba sus derechos de herencia y propiedad.

El primer registro de la prostitución considerada como ocupación que consta se encuentra en los sumerios, en torno al año 2.400 a.C, los cuales describen un burdel del templo operado por sacerdotes sumerios en la ciudad de Uruk.

En las ciudades griegas más importantes la prostitución era una actividad bastante común. era ejercida tanto por hombres jóvenes como por mujeres de diversas edades, y la clientela era mayoritariamente masculina.

El término griego que denomina prostituta es “porne”, derivado del verbo “pernemí” que significa vender. Así, las pornai solían ser esclavas propiedad de un proxeneta, el cual trataba esta situación como un negocio y debía pagar un impuesto proporcional a los beneficios obtenidos, por lo que ya se aprecia una cierta regulación.

Estas mujeres desarrollaban su trabajo en prostíbulos, situados en barrios conocidos principalmente por el desempeño de esta actividad, como es el caso del Pireo, si bien existían también prostitutas independientes que trabajaban en la calle.

En Atenas, todas ellas debían estar registradas y pagar un impuesto, fuesen de la clase que fueran, ya que existían tres categorías:

1. Chamaitypai, que son las que trabajaban en el exterior.
2. Gephyrides, que trabajaban en las inmediaciones de los puentes.
3. Perepatetikes, que captaban a los clientes en las calles para después acudir a sus hogares.

En Roma, la prostitución era no solo pública, sino que también era legal y no estaba mal vista desde una perspectiva moral. Conocemos su práctica por las disposiciones de la ley romana que regulan el oficio y, especialmente, por los grafitis de la ciudad de Pompeya. Asimismo, según los registros encontrados, en Roma había inscritas 32.000 prostitutas ya que para ejercer el oficio se las otorgaba una licencia llamada “Licentia Stupri”.

Al igual que en Grecia, existían diversos tipos de prostitutas:

1. Cuadrantarias, cuyo nombre deriva del hecho de que cobraban un cuadrante.
2. Felatorias, que eran expertas en el arte de la felación.
3. Prostituta, que entregaba su cuerpo a quien ella misma decidía.

4. Pala, que aceptaba a quien pudiere pagar el precio establecido.
5. Meretrix, que eran las prostitutas independientes.
6. Prostibulae, siendo quienes no pagaban impuestos y ejercían donde podían.
7. Ambulatae, así llamadas por ejercer en la calle.
8. Lupae, ejercientes en los bosques periféricos de la ciudad.
9. Bastuariae, prostituyéndose en cementerios.
10. Delicatae, cuyos clientes eran hombres poderosos como por ejemplo senadores.

Sin embargo, si bien la prostitución estaba aceptada moralmente, no así el proxenetismo, ya que las propias Leges Juliae penalizaban el mismo al considerar degradante que el marido obtuviera ganancias monetarias por el adulterio de su esposa.

De muy diferente modo se contempla la actividad en el mundo musulmán, donde en el siglo VII el profeta Mahoma la declaró prohibida, considerándose en el Islam como un pecado. Sin embargo, la esclavitud sexual no se consideraba prostitución, por lo que era común durante el comercio de esclavos árabes en la Edad Media.

En India, lo más similar a la noción de prostituta que conocemos es la “Tawaiif”, una cortesana que atendía a la nobleza del sur de Asia. Estas cortesanas principalmente bailaban, cantaban, y hacían demás actividades para entretener a sus invitados, de forma que el sexto era incidental, no era el principal acuerdo.

Con la llegada británica a las Indias Orientales a finales del siglo XVII, los soldados británicos frecuentaban a las prostitutas, visitando a bailarinas indias locales, pero conforme llegaron sus mujeres a la India, se hizo cada vez menos común esta práctica.

Entre los aztecas las autoridades políticas y religiosas autorizaban la prostitución siempre que se realizara en los lugares destinados a tal efecto, como es el caso de los “Cihuacalli”, casas donde practicar la prostitución a cambio de dinero. Además, las prostitutas estaban separadas del resto de personas y supervisadas por agentes del gobierno. Se las conoce como “ahuiyani”.

En la Edad Media, al ser un periodo histórico dominado por la Iglesia, el sexo se consideraba un pecado, aunque en realidad socialmente fuese tolerado por todos. Así lo vemos en lugares como Venecia, cuyo Gran Consejo en 1358 declaró que la prostitución es absolutamente indispensable para el mundo, e incluso la Iglesia la permitió en algunos sitios siempre que se distinguiesen de las mujeres decentes. A pesar de ello, muchos Estados trataron de

erradicarlas desterrándolas y mandándolas a barrios marginales, aunque ello no detuvo la práctica de esta actividad.

Durante la Baja Edad Media, al percatarse de que la erradicación no era posible por lo inevitable del pecado, la prostitución podía llevarse a cabo en determinados barrios y estaba restringida en fechas icónicas tales como la Semana Santa.

Algunos burdeles pasaron a ser regentados por los municipios y desde mediados del siglo XIV se celebraban asambleas de vecinos para regular la actividad y arrendar establecimientos para la práctica de la prostitución.

En el Renacimiento la prostitución se sigue considerando un mal necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas, aunque se condiciona al prohibirse su ejercicio con judíos, es decir, solo se permitía su práctica con cristianos.

A finales del siglo XV, con el brote de enfermedades de transmisión sexual como la sífilis generó una asociación entre las prostitutas y el contagio que desembocó en la prohibición de la prostitución y de los burdeles por las autoridades seculares.

En la Época Moderna se sustituye la figura de la prostituta por la de la cortesana, debiéndose incluso reglamentar el número de cortesanas por la gran cantidad que había. Estas estaban regidas por una "Reina" que se responsabilizaba del cumplimiento de las reglamentaciones policiales para que no tuvieran problemas.

Asimismo, en los inicios de la Época Contemporánea persiste la figura de la cortesana.

Finalmente, en el siglo XX emerge el turismo sexual como consecuencia del turismo occidental y la globalización.

Por el contrario, se comienza a ver un marco regulatorio orientado a la protección de las mujeres dedicadas a esta actividad, surgiendo importantes convenios como la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños¹ firmada por la Liga de las

¹ La Convención Internacional para la supresión de la trata de mujeres y menores es un tratado multilateral de la Liga de Naciones adoptada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 cuyo objetivo es realizar en una forma más completa la represión de la trata de mujeres y menores señalada en el preámbulo del Convenio del 18 de mayo de 1904 y en la Convención del 4 de mayo de 1910 bajo la denominación de "Trata de Blancas"

Naciones en 1921 o la Declaración de Viena sobre la eliminación de la violencia contra la mujer², que reconoce la prostitución como una forma de violencia hacia las mujeres.

Actualmente, si bien al hablar de prostitución nos referimos habitualmente a la desempeñada por mujeres, aunque en un porcentaje mucho menor, también existen hombres (como es el caso de los gigolós) o transexuales dedicados a la misma. Al margen de esta precisión, nos centraremos en la femenina y, entrelazándolo con el análisis histórico anterior, podemos observar que ya desde épocas antiguas se establecen clasificaciones en función de las tareas desempeñadas o simplemente del lugar donde se practica. Así las cosas, en función de su localización nos encontramos con la prostitución callejera o en burdeles, y atendiendo sus funciones, se debe discernir también, a título de ejemplo, a la escort, cuya compañía se ofrece en momentos más allá del acto sexual.

Por último, centrándonos en nuestro país, la regulación de la prostitución desde mediados del siglo XIX tuvo un tinte reglamentista, con un intento abolicionista en 1935 que quedó sin efecto con la guerra civil. A partir de 1956 se impone un abolicionismo de corte tradicional que, con correcciones se orienta a la protección de la libertad social. Sin embargo, si algo es resaltable es la multiplicidad de opiniones existentes al respecto, pues se ve reflejada en los cambios legislativos apreciables históricamente, hecho que culmina en una actualidad incierta, sin legislación clara al respecto.

Así las cosas, a día de hoy podemos definir la prostitución como aquella actividad que proporciona servicios sexuales mediante alguna forma de pago, generalmente dinero, que puede ser ofrecida por mujeres, varones y transexuales. Pero los límites sobre lo que engloba esta actividad son imprecisos, pues, como indican Harcourt y Donovan, abarca un rango de actividades que podemos enmarcar desde una mera relación sin contacto físico a relaciones afectivas y sexuales sin protección³.

²La Declaración de Viena sobre la eliminación de la violencia contra la mujer se aprueba por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, y reconoce «la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos».

³ Harcourt C. y Donovan B. (2005) *The many faces of sex work*. Sex Transm Infect, 81 pags.201–206

3. MODELOS REGULATORIOS

Si bien la prostitución conforma una realidad bastante compleja y de ardua delimitación, sí que podemos distinguir cuatro modelos regulatorios de la misma:

1. La criminalización total. A través de este modelo toda acción interviniente en la práctica de la prostitución sería ilegal, de forma que no estaría permitida ni la postura de la prostituta que ejerce una actividad de venta u oferta de servicios ni la del cliente que compra sus servicios sexuales, y ambas estarían perseguidas por las autoridades, y del mismo modo tampoco se tolerarían los clubes o prostíbulos. Un ejemplo de política a la que podría dar lugar este modelo lo encontramos en Estados Unidos, con la “John School”, una forma de intervención educativa dirigida a clientes de prostitutas, llamada así porque las prostitutas en Norteamérica son denominadas “johns”. Consiste en la asistencia a escuelas por personas arrestadas por solicitar servicios de una prostituta, ya sea como método alternativo a la vía penal o como condena accesoria entendida como un método de reeducación que puede introducirse como condición de la libertad condicional.
2. Abolicionismo o descriminalización parcial. Este sistema regulatorio da un paso más que el anterior, pues la oferta del servicio sexual por la prostituta es legal pero su solicitud o compra por los clientes es ilegal. Este modelo es el conocido como “modelo sueco” o “modelo nórdico”, pues es el modelo existente en la actualidad en Suecia y Noruega, aunque también cuentan con el mismo Francia e Irlanda. Se denomina abolicionismo como consecuencia de la relación que se establece con los movimientos abolicionistas de la esclavitud en el siglo XIX, ya que la compra de los servicios sexuales suele ser por hombres a mujeres y ello refleja una clara desigualdad de género de gran calada social.
3. Legalización. Es el siguiente escalafón, un modelo por medio del cual tanto la compra como la venta de los servicios sexuales es lícita, así como toda actividad relacionada con la misma. Pero ello implica una regulación específica de esta actividad que se concreta en ciertas exigencias de carácter garantista como la necesidad de autorizaciones para su ejercicio, los chequeos médicos, licencias para los clubes y establecer ciertos límites a la actividad, todas ellas con el fin de hacer de la prostitución una práctica lo más segura posible. Cuentan con este modelo países como Alemania, Países Bajos y Austria.

En este caso se parte de la consideración ética de que la prostitución puede o no ser atentatoria contra la dignidad humana en función de quién la ejerza y cómo entienda su dignidad. Es por ello que se entiende que no debe privarse desde el poder público la libertad de quien elige desempeñar esta actividad económica.

Sin embargo, sí se debe distinguir entre quien se dedica a la prostitución obligada por terceros y quién lo hace por su propia voluntad, al margen de los posibles condicionantes existentes de índole social o económica, ya que quienes defienden la legalización esgrimen que ese condicionamiento también existe en otro tipo de trabajos dificultosos que igualmente se hacen cuando no existe una alternativa mejor y no por ello son menos dignos o ilegales.

4. Descriminalización. En último lugar se encuentra el modelo descriminalizador de la prostitución, que se diferencia del anterior en que, si bien en ambos es lícito todo lo relativo a la misma, en este caso no existe una regulación específica de la actividad, es decir, toda actividad relacionada con la prostitución se rige por reglas genéricas aplicables a todas las actividades económicas y laborales. En este caso el objetivo perseguido es un cambio de mentalidad en el que se logre la consideración de la prostitución como un trabajo cualquiera. Es el modelo empleado en Nueva Zelanda.

Pues bien, como se indicaba al inicio, a pesar de poder establecer una diferenciación teórica de 4 modelos posibles regulatorios, ello se complica en la práctica, ya que pueden presentarse de forma híbrida e incluso no darse ninguno de ellos, como es el caso de España, que se encuentra en un estado de alegalidad, es decir, la prostitución no se ha declarado ni ilegal, ni tampoco se ha legalizado, encontrándonos en un limbo al respecto de la cuestión.

En nuestro país hasta la reforma del año 2015⁴ el Código Penal únicamente tipificaba en su artículo 187 la prostitución de menores de edad o incapaces, tanto por quien la indujere, promoviere o facilitare, como por quien la solicitare, aceptare u obtuviere. Sin embargo, a partir de esta reforma, se tipifica en este artículo el supuesto en que “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución”, añadiéndose de este modo la tipificación de la prostitución forzada en mayores de edad, y manteniéndose la tipificación anterior referida a los menores e incapaces

⁴Reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

en el art. 188, pero variando en su redacción de la siguiente manera: “El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines”.

Por tanto, si bien no contamos con un modelo abolicionista jurídicamente establecido, sí que contamos con notas reveladoras de esta intención abolicionista como son los tipos delictivos del Código Penal, de manera que podríamos considerar que de facto sí que se intuiría este abolicionismo en nuestro país.

Al margen de la esfera penal, en el marco administrativo también existen notas de abordaje normativo de la prostitución, ya que, si bien la actividad se encuentra en un limbo jurídico, las corporaciones municipales sí que han creado normas en la materia, posicionándose del lado del prohibicionismo. Ello se ha hecho mayoritariamente a través de las ordenanzas cívicas o de convivencia cívica, teniendo como fundamento la garantía del orden público y del espacio público, y de una adecuada convivencia, buscando evitar la visión de las trabajadoras sexuales por menores o perturbando el tráfico.

Es en Barcelona donde, en el año 2005, se aprueba una primera Ordenanza⁵ en la materia, desencadenando que múltiples municipios lo imiten creando sanciones administrativas para trabajadoras sexuales y clientes, que suman ya más de veinte (entre los cuales se encuentran Granada, Bilbao, o Albacete)

Estas ordenanzas prohíben el ofrecimiento, la solicitud, la negociación y la adquisición de los servicios sexuales en la vía pública, de forma tal que resulta cuestionable su adecuación, pues supone una laguna regulatoria fuera de dichos espacios.

Si bien la mayoría de los municipios han normado en aras a la preservación de la convivencia, otros orientan las ordenanzas a la lucha directa contra la prostitución, relegando a un segundo

⁵ Ordenanza municipal de 23 de diciembre de 2005, de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, cuyo fin principal es “preservar el espacio público como un lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, de encuentro y de recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas existentes en Barcelona”.

plano al espacio público. Es el caso de Sevilla, donde en 2011 entró en vigor una ordenanza⁶ de lucha contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual.

Las ordenanzas sevillanas tienen como modelo el sueco, de prohibición de compra de servicios sexuales, de forma que se sanciona únicamente a los clientes. Es decir, se trata de un modelo abolicionista. Pero la mayor parte de ellas sancionan también a las prostitutas, aunque tan solo de forma administrativa y no penal, por lo que se consideraría un prohibicionismo suave.

Cabe destacarse la existencia de una clara ofensiva contra la prostitución callejera que comienza precisamente hace menos de una década mediante la aprobación de estas ordenanzas cívicas, y ésta ha sido contestada por colectivos de trabajadores del sexo y de ONGs que realizan tareas asistenciales con los mismos. Todos ellos consideran que esta normativa criminaliza la pobreza y hace más precarias las condiciones de desempeño de la actividad, especialmente porque las prostitutas de carretera son más multadas que los clientes que acceden a sus servicios.

Si bien en España se han realizado varios estudios sobre prostitución, aún no se han analizado los efectos de estas ordenanzas en su desempeño, mientras que en países como Suecia es conocido que la prohibición de la compra de servicios sexuales en la calle ha supuesto un incremento de los riesgos salubres y de seguridad de las trabajadoras sexuales.

Asimismo, la imagen o retrato de la prostituta ha variado a lo largo del tiempo. Hace 30 años se concebía como una niña del mundo rural marginada desde la infancia y prostituida desde que era adolescente; en los noventa se las ve generalmente como drogodependientes; y actualmente predomina la imagen de la mujer joven, generalmente inmigrante, con escasos o insuficientes recursos económicos y estigmatizadas de modo tal que ocultan el ser reconocidas como prostitutas. A ello le sumamos las creencias que recaen sobre ellas como su sumisión a la voluntad de los proxenetas, con un círculo social limitado al ámbito de su actividad, con hijos indeseados producto de la prostitución y repudiadas por sus familias. Pero la imagen del cliente o comprador también ha cambiado, pasándose de hombres de más

⁶ Ordenanza para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla, aprobada en sesión celebrada por el Pleno del Ayuntamiento el día 29 de abril de 2011, cuyo objetivo principal es “preservar el espacio público como un lugar de convivencia, civismo e igualdad, evitando actividades de explotación sexual que difunden una imagen del ser humano, muy especialmente de la mujer, como mero objeto sexual y perturban la convivencia social”.

de 40 años, casados y con familia, a hombres de todas las edades, desde los veinte hasta hombres igualmente casados o con familia.

4. CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL

4.1 Caracteres

Subyacente en el debate legislativo sobre qué opción regulatoria es más adecuada, encontramos su consecuencia más inmediata, la laboralización de la actividad prostitucional en caso de que se legalizase. Es por ello que analizaremos la prostitución desde la perspectiva laboral, como una potencial relación laboral.

El marco jurídico en que encajaría esta opción es, con matices, el del reglamentarismo, pues, si bien el prohibicionismo y el abolicionismo han reglamentado la actividad históricamente, no han tenido en cuenta la autonomía personal de las mujeres que conscientemente han querido recibir una contraprestación por sus servicios sexuales. De forma que una de las posibles formas regulatorias de la misma sería un reglamentarismo reforzado, es decir, la laboralización de la prostitución estableciendo matices al tratarla como actividad especial, ello pretendiendo siempre la salvaguarda de los intereses de las trabajadoras sexuales.

Pero antes de adentrarnos en el propio debate, debemos definir qué se entiende como trabajo sexual, entendiendo por tal normalmente el intercambio consensuado de sexo por dinero. Sin embargo este concepto engloba también muchas otras circunstancias implícitas como son aceptar la validez del uso de la energía sexual y las partes del cuerpo como herramienta del trabajo, reconocer la autonomía de la persona que ofrece esta actividad y la validez de su consentimiento, cuestionar el estigma y la discriminación social que implica, reivindicar el valor productivo de las tareas afectivo-sexuales que la sociedad atribuyó a las mujeres y cuestionar la ciudadanía laboral sexuada, que excluye tradicionalmente a las mujeres y a sus trabajos negándoles derechos que serían propios de lo que denominamos trabajo.

En ocasiones se califica la prostitución como violencia de género, esclavitud o trabajo forzoso, pero si nos ceñimos a su significado jurídico, estas adjetivaciones no caben como definición general. No existe violencia si no se impone una acción haciendo uso de la fuerza o intimidación; ni trabajo forzoso o esclavitud al haber un contrato de libre entrada y salida de sus partícipes, sin perjuicio del condicionamiento económico que nos hace trabajar para

poder vivir. Por otra parte, si hay violencia, imposición forzosa del trabajo o un contrato de esclavitud, no existirá, por su puesto, contrato de trabajo⁷.

Si partimos de la consideración de que este trabajo sexual es una relación laboral, debemos indicar que la parte prestataria o vendedora no “mantiene relaciones sexuales” en el sentido comúnmente dado a esa expresión, sino que presta un servicio, dejando al margen los ideales sexuales del deseo y el placer por más que puedan formar parte de su desempeño.

La oferta de los servicios sexuales debe hacerse de forma pública (no implica ello que sea necesariamente en lugares públicos, pero sí reconocida de forma general como disponible en un lugar o mercado específico), con unas condiciones correctamente definidas en cuanto a modalidades y límites de la prestación, y estableciendo un precio que refleje la interacción entre la oferta y la demanda.

Requiere asimismo una plena capacidad de negociación, pudiendo rechazar clientes o tareas que sobrepasen los límites establecidos. Ello permite entender la sexualidad dentro de la prostitución tanto desde una perspectiva individual como en un sentido político, pues permite la existencia de la autodeterminación sexual, abarcando tanto el derecho al sexo comercial, es decir, al intercambio de sexo por dinero, y el derecho a los mismos beneficios y protecciones que otros trabajadores.

Derivado de la relación laboral se producen contratos de intercambio de precio por servicio, pero ello no resulta actualmente legalizado por nuestro ordenamiento, al considerarse un contrato con objeto o causa ilícita por ser contrario a la moral, según indica el art. 1275 CC⁸. Consecuencias negativas de ello serían la imposibilidad de reclamar el pago debido por los servicios prestados en vía judicial o disfrutar de unas condiciones y derechos laborales básicas en muchas otras profesiones.

Es posible citar como ejemplo ilustrativo de esta ausencia de garantías laborales el supuesto en que una prostituta tuviera un accidente de tráfico en el trayecto al trabajo, no considerándose un accidente laboral y no percibiendo la correspondiente indemnización sus

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2001 (C-268/99)

⁸El artículo 1275 del Código Civil establece que “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

familiares por su fallecimiento como sí ocurriría en otras profesiones conforme al art. 115.2 del Real Decreto 1/1994 de 20 de junio⁹.

En parte, la censura moral de esta actividad tiene como base la concepción de que la actividad del sexo debería ser algo altruista. Pero se podría decir lo mismo de muchas necesidades humanas que se satisfacen por medio del mercado y no por beneficencia; y, del mismo modo, la sexualidad tampoco dejaría de ser noble por la laboralización de la prostitución, por lo que la contrariedad de la moral podría ser fruto de meros usos sociales.

En otra línea de debate, nos encontramos con el hecho de que una relación laboral ha de ser voluntaria, conforme al art. 1 ET, el cual establece que son trabajadores “aquellos que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Si nos posicionamos en el fenómeno de la oferta en la prostitución, para comprender el fenómeno habría que preguntarse tanto el motivo por el que las personas se inician en esta actividad como la razón de que otras no lo hagan. Pero esto ha sido usualmente omitido en los análisis, y es aquí donde subyace el prejuicio que recae sobre la voluntariedad de que nadie entraría por decisión propia en ese trabajo, y que entran en ello por factores como la pobreza, la escasa cultura, coacción u otros. Sin embargo, estos son factores comunes a otros sectores de la población y no por ello ejercen esta actividad.

Cuando una parte indiscutible de trabajadoras del sexo manifiesta su intención no coaccionada de dedicarse a este sector se descalifica con argumentos como los expuestos o se considera que tiene una falsa conciencia.

Pero el análisis de esta posible voluntariedad no comprende únicamente la voluntariedad de entrada a la actividad, sino también la voluntariedad de permanencia, aun cuando se hubiera entrado de forma involuntaria o cuando la entrada fuere voluntaria e involuntaria la permanencia. De ello derivarían grandes distinciones en políticas públicas que a día de hoy únicamente se dirigen a la prevención y abandono de la prostitución. La razón de que se orienten a estos fines es el desfase entre la cultura idealizada que considera esta actividad

⁹El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en este artículo 115.2 elabora el listado de supuestos que son considerados accidentes de trabajo.

como denigrante y la cultura real, en la que se la relaciona positivamente con la identidad masculina.

En relación con el carácter de dependencia, esta dificulta la consideración de la prostitución como un trabajo, ya que “Parece difícil coonestar un espacio para la libertad sexual cuando ésta debe estar dirigida y organizada por la dirección de una pretendida empresa dedicada al comercio sexual, porque esta libertad está por encima de toda organización empresarial”.¹⁰

Aquí surge también la distinción entre la prostitución forzada y la voluntaria. Posiciones abolicionistas mantienen que toda prostitución es forzada, justificándose en que nadie lo puede elegir libremente o en altos porcentajes de involuntariedad, concluyendo que la prostitución libre es algo tan poco usual que no se justifica su reconocimiento laboral. Pero estos argumentos se ven contradichos, por ejemplo, el todo el que debe realizar un trabajo experimenta un condicionamiento de algún tipo, siendo en líneas generales de índole económica, pero ello no es equivalente a una determinación forzosa del mismo mediante violencia o intimidación. Asimismo, la prostitución forzada, quedaría en el ámbito delictivo de la trata y fuera del ámbito laboral, y en el caso de la voluntaria sí cabría el debate de su eventual carácter laboral cuando se realiza por cuenta ajena. Y es en este último supuesto en el que enmarcamos el debate, dejando de lado la prostitución forzada y centrándonos en la voluntaria.

4.2 Entre la negación y la admisión de la laboralidad en la prostitución

Pues bien, si la prostitución cumple los caracteres de ajenidad, dependencia y retribución requeridos por el art. 1 ET, ¿por qué se sostienen posiciones negativas a su consideración como relación laboral?

La Comisión Mixta elaboró un informe manteniendo una posición negativa aludiendo argumentos de orden moral, dignidad y respeto a las mujeres, así como en relación a la garantía de los derechos fundamentales y el rechazo de las condiciones degradantes de explotación.

El trabajo debe considerarse de forma más empírica como una actividad humana dirigida a la producción de bienes y servicios mediante un esfuerzo personal, pudiendo ser por cuenta propia o ajena, pero siempre con un carácter instrumental, ya que su característica esencial

¹⁰Rey Martínez F., Serrano Argüello N. y Mata Martín R. (2004). *Prostitución y Derecho*. Thomson Reuters Aranzadi. pags. 179-180

es que la finalidad del esfuerzo es la obtención de los medios materiales que se necesitan para subsistir, finalidad que ha sido y es la motivación dominante de los trabajadores.

Por otro lado, la doctrina del Tribunal de Justicia europeo¹¹ ha reconocido que la prostitución es una actividad económica en tanto que “constituye una prestación de servicios remunerada”. Y en relación a la moralidad o inmoralidad, determina que no le corresponde el Tribunal “sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente”, y tampoco la de otros en los que esté prohibida por inmoralidad o cuestión de orden público. Pudiendo, por tanto, el Derecho renegar de ese trabajo por razones morales o de otra clase.

Considerar que la prostitución es un trabajo sería una manera de formalizar una actividad ejercida por unas mujeres que posiblemente no tengan un amplio abanico de elecciones y que al optar por esta actividad quedan desprotegidas y privadas de ciertos derechos, siendo vulnerables a múltiples abusos. La propuesta sería formularlo como un trabajo cuyo fin es la satisfacción de necesidades básicas. Su laboralización permitiría que la prostituta no se venda a sí misma ni renunciase a su dignidad, sino que tan solo vendería un servicio al igual que otros profesionales en sus respectivos trabajos, permitiéndolas acceder a una ciudadanía con plenos derechos y en igualdad de condiciones con los otros trabajadores, y que de otro modo se les niega y conlleva consecuencias como la discriminación y marginación social.

Podemos detenernos también en la opinión de estas mujeres, ¿quieren las prostitutas que se las reconozca como verdaderas trabajadoras? Pues bien, en la Resolución Final del Segundo Congreso Internacional de Putas¹², celebrado en los locales del Parlamento europeo en 1986, las prostitutas rechazaron el apoyo de quienes las victimizaban o pretendían el fin de la prostitución, reclamando su reconocimiento como trabajadoras y de sus respectivos derechos laborales.

En 2005 el Comité Internacional por los derechos de las trabajadoras del sexo en Europa canaliza estas peticiones, solicitando a la Unión Europea que la prostitución sea considerada como trabajo que permita el acceso a la sanidad pública, a la Seguridad Social, el derecho a la igualdad, a pactar las condiciones laborales en igualdad de condiciones que otros trabajadores y la no discriminación.

¹¹Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2001 (C-268/99)

¹² Second World Whore's Congress, statement on Prostitution and Feminism, International Committee for Prostitutes' Rights, Parlamento Europeo, Bruselas, 14 de octubre de 1986.

A mediados de los años noventa la Organización Internacional del Trabajo encarga un informe sobre la situación de la prostitución en cuatro países del sudeste asiático. Dentro del cual se dice que la prostitución es una industria que contribuye de modo importante al empleo, al presupuesto nacional, al intercambio de divisas extranjeras y a la reducción de la pobreza en muchos países, destacando la sólida estructura organizativa del sector y las fuertes bases económicas en que se asienta¹³. De forma que abordar la prostitución sin tener esto en cuenta sería ineficaz. Asimismo, en el informe se establece que las razones de la OIT para implicarse en este asunto tan controvertido recae sobre la imposibilidad de dejar de lado esta actividad económica o trabajo asociado a la desigualdad entre hombres y mujeres cuando precisamente la misión de la Organización es mejorar las condiciones laborales y garantizar los derechos humanos, lo cual engloba la lucha contra la discriminación de género y la explotación mercantil.

Dentro de la jurisprudencia que avala la prostitución como trabajo, en tribunales internacionales destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de noviembre de 2001, que declara que "la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente", tanto según el concepto de 'actividades económicas por cuenta propia' utilizado en los acuerdos europeos de 1994 con la República Checa y de 1993 con Polonia como el de 'actividades no asalariadas' que figura en el Tratado de la CE. La única exigencia es que se demuestre ante el juez nacional que el servicio se presta bajo responsabilidad propia, sin vínculos de subordinación y a cambio de una remuneración pagada íntegra y directamente.

La jurisprudencia española se inclina asimismo a la consideración de la prostitución como trabajo que puede ser penado por constituir un grave riesgo para los derechos, de acuerdo con la STS 152/2008¹⁴.

Las razones para criminalizar la prostitución y descartar su consideración como trabajo serían las siguientes: supone un riesgo para quienes la ejercen y es violenta para las mismas; no existe

¹³ Lean Lim L. (1998) *The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*. Ginebra. Oficina internacional del Trabajo.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 8 de abril de 2008 (152/2008): estimatoria de los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, contra la sentencia dictada el 19 de marzo de 2007 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, en causa seguida por delitos relativos a la prostitución en concurso con delito de tráfico ilegal de extranjeros.

auténtica autonomía; implica la invasión del espacio corporal y de la intimidad de la mujer; la prostituta enajena su sexualidad en el mercado, convirtiendo sus órganos sexuales y sus actos en mercancías modeladas por el deseo masculino y en consecuencia perpetúa la dominación masculina sobre las mujeres; es un comercio al que no se entra por gusto ni de forma voluntaria, no siendo válidos los acuerdos dentro de la misma¹⁵.

Desde el plano reglamentarista la prostitución se entiende como un mal inevitable, por lo que el objetivo ha de ser proteger a la sociedad de la inmoralidad inherente a la misma delimitando la forma y lugar de ejercicio, exigiendo impuestos y obligando al control sanitario e incluso policial. Sin embargo, no se legisla en un sentido laboral, por lo que carecen de derechos laborales (pensiones, baja por enfermedad, seguridad social, etc.).

Al mismo tiempo surgen diferenciaciones entre quienes pueden registrarse y las que no, destacando en este último caso a aquellas prostitutas inmigrantes en situación de ilegalidad.

La despenalización del negocio prostitucional y la industria de asimilados que la rodean, y el aumento de las penas por los abusos cometidos, nos darían los medios necesarios para prevenir o combatir dichos abusos.

De forma que el objetivo de esta regulación legal es llegar a alcanzar los objetivos de que gozan otras profesiones; si bien teniendo en cuenta, en todo caso, la especialidad de esta concreta actividad.

4.3 Aproximación regulatoria

Entonces, partiendo de estas razones, podríamos plantear una serie de preguntas como guía para encontrar respuestas: ¿Están discriminadas las mujeres que ejercen la prostitución? ¿Puede mejorar su situación sin necesidad de obligarlas a abandonar dicha actividad? ¿Es la laboralización el camino para mejorar su situación? y ¿De qué forma?

¿Puede elaborarse una normativa para garantizar sus derechos de ciudadanía y asumir sus deberes? ¿Lo haríamos regulándolo como trabajo? Y, ¿Qué tipo de trabajo sería?

¹⁵ Nussbaum, M. (1999) *Whether from reason or prejudice. Taking money for bodily services in Sex and social justice*. Oxford. University Press. pags. 288-297. Citado en: Beltrán E. (2011) *En los márgenes del Derecho antidiscriminatorio: Prostitución y derechos de las mujeres*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45. pag. 62

En base a esta última pregunta, dentro de la prostitución hay una gran diversidad, incluso en la forma en que se desarrolla. Hay prostitución por cuenta propia, en asociaciones para su ejercicio, o por cuenta ajena, a través de otra persona que la organiza, dirige y retribuye.

Surgen entonces dificultades sobre la propia naturaleza de la misma. La prostitución callejera suele tratarse como trabajo por cuenta propia, aunque también podría ser por cuenta ajena, al igual que la desarrollada en pisos o clubs de carretera podría ser por cuenta ajena, en la que en un principio se ve más claramente esta relación de dependencia.

Sin embargo, esta clasificación también se vería influida por los vínculos con la trata o el tráfico de personas u otras formas forzadas de explotación sexual. Por lo que estamos ante una actividad difícilmente clasificable.

Asimismo, en el marco de los sujetos intervinientes en la hipotética relación laboral, distinguimos entre proxenetas, rufianes, clientes, personas dedicadas a la tercería locativa (que son quienes proporcionan un local para estas prácticas a cambio de dinero). Pero ello son denominaciones desfasadas que complican aún más la delimitación, ya que, por ejemplo, el proxeneta, que desempeñaba la función de mediador, hoy se situaría en la posición empresarial, pero no se podría establecer como tal dado que los vínculos reales se alteran u ocultan, simulando tercerías locativas quienes en realidad ejercen el proxenetismo.

Por tanto, ¿existe un margen de licitud para este trabajo cuando se realiza por cuenta ajena? Ello dependerá del sistema de regulación que adoptemos. En el prohibicionismo y en el abolicionismo estricto no cabría, por alcanzar a quien ejerce la prostitución.

Pero los modelos no suelen darse de forma pura. En España desde 1956 se adoptó el abolicionismo, reforzado con el Convenio de Lake Success en 1962¹⁶. Más tarde la tolerancia evolucionó, apareciendo una regulación más moderada en la transición política. El Código Penal de 1995 parecía crear una tendencia al reglamentismo liberal, pero quedó en la alegalidad. Con la reforma de la LO 11/2003¹⁷, el marco delictivo se amplió, permitiendo una

¹⁶ Adhesión de España al Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950. Boletín Oficial del Estado, 230, de 25 de septiembre de 1962.

¹⁷Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, 234, de 30 de septiembre de 2003.

mayor licitud, lo cual se mantiene hasta la reforma del 2015¹⁸, en la cual el art. 187 CP no penaliza la explotación de la prostitución voluntaria de adultos siempre que no sea abusiva. Sin embargo, el Derecho penal no da una única respuesta al problema, existiendo también los límites que establece el art. 1255 del Código Civil en materia de autonomía privada, que establece que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”, de forma que aparece aquí una limitación ya no sólo normativa, sino también moral y de orden público, aspectos estos dos últimos no menos problemáticos.

Respecto a la moral social, hay distintas posiciones, de forma que no se da el consenso requerido para sostener una prohibición de la prostitución voluntaria de adultos. Además, si observamos la experiencia de otros países de nuestro entorno cultural, existen diversas soluciones.

En lo que al orden público respecta, este pretende la protección del conjunto de los principios rectores de la comunidad, debiendo reaccionar ante riesgos para los intereses fundamentales de la sociedad, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas administrativas.

Se cuestiona también la adecuación del contrato de trabajo para regular la práctica de la prostitución por cuenta ajena. En la legislación laboral existen regulaciones que no se ajustan o carecerían de sentido en la aplicación a esta actividad, requiriendo su eliminación o adaptación. El conflicto más relevante sería la imposibilidad de admitir el ejercicio de poderes empresariales de control, dirección y disciplina sobre una actividad de carácter tan personal, ya que ponen en riesgo los derechos de libertad, intimidad e integridad personal.

Solución a ello sería una relación laboral especial que permitiera dar respuesta a la especialidad de esta actividad y que garantizara la atenuación de la dependencia.

Incluso en la legislación vigente cabe la solución de la laboralidad, haciendo una interpretación de la misma dando respuesta a las exigencias derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales. Si no se considera posible esta vía, ya que la prostitución no es en la doctrina dominante un trabajo por cuenta ajena incluido en el ordenamiento laboral,

¹⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 77, de 31 de marzo de 2015.

siendo por tanto nulo, hay que recurrir al art. 9.2 ET¹⁹, garantizando la remuneración en los contratos nulos.

El argumento principalmente seguido por la jurisprudencia española se funda en los límites del contrato por ilicitud de objeto o causa (art. 1255 en relación con los arts. 1271 y 1275 CC). Pero como consecuencia del Código Penal de 1995, los pronunciamientos se fundamentan de una forma más compleja haciendo referencia a la vulneración de derechos fundamentales (libertad sexual, integridad e intimidad) e incorporando referencias a la violencia de género, a la esclavitud o al trabajo forzoso.

En este contexto citamos la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009²⁰, en la que se señala que: no entra ni puede entrar dentro de las facultades del empresario que regula el art. 20 ET el disponer sobre el uso del cuerpo de la propia persona que trabaja, pues no es esa persona el objeto del contrato laboral.

En esta línea, Pateman rechaza comparar la prostitución con un trabajo como cualquiera, entre otras razones porque el uso de los servicios de una prostituta no es igual a contratar a un obrero. Si bien ambos, el “prostituyente” y el capitalista, disponen del uso de la persona y del cuerpo de quienes contratan, el capitalista no tiene interés intrínseco en el cuerpo y la persona del trabajador, sino que solo le interesan los bienes que produce, mientras que los varones que contratan a una prostituta tienen un único interés: la prostituta y su cuerpo. Frente a las críticas que pueden hacerse acerca de que se pone demasiado énfasis en el cuerpo, Pateman hace referencia a Immanuel Kant, para quien la prostitución es convertirse uno mismo en propiedad²¹.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015 (art. 9.2): “En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de mayo de 2009 (4004/2009)

²¹ Pateman. C. (1995) *El Contrato Sexual. Qué hay de malo con la prostitución*. Barcelona. Anthropos pags. 260-299

Tras el relevante caso Mesalina²², el Tribunal Supremo no aborda el problema de forma directa, si bien es cierto que al inadmitir recursos de unificación de doctrina incorpora alguna referencia a la exclusión del contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución.

En la sentencia del Juzgado de lo Social nº10 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, se decide en un procedimiento de oficio sobre un establecimiento que se presentaba como centro de masajes. Se probó la práctica de la prostitución y la existencia de datos que confirmaban la ajenidad y dependencia, pero sin coacción o presión por parte de la empresa o de terceros. Esta sentencia establece que, aplicando los criterios doctrinales vigentes, el contrato de trabajo debería ser excluido, pero que había que reconsiderarlo atendiendo a una serie de consideraciones: en primer lugar, que la legislación penal vigente deja un margen de licitud a la explotación de la prostitución de adultos siempre que es voluntaria y no hay condiciones abusivas; y, en segundo lugar, que no hay una vulneración de los derechos fundamentales que suelen invocarse para justificar la ilicitud, porque hay un contrato libremente aceptado que no puede implicar una violación de la libertad, intimidad o dignidad.

En relación con los derechos de dignidad, libertad e igualdad en el ámbito europeo también es objeto de conflictos para los jueces. Citamos aquí la STJCE de 20 de noviembre de 2001²³.

La sentencia del Tribunal de Justicia considera que la prostitución ejercida de forma independiente queda incluida en la noción de “actividades económicas”, quedando por así decirlo normalizada. Pero ello no elimina el problema de la prostitución por cuenta ajena. Concluye diciendo que:

“en la situación actual y hasta que el Estado español no asuma el modelo nórdico de lucha contra la prostitución, no puede rechazar el reconocimiento del carácter laboral de la relación, ya que ello, en la actual situación de alegalidad, lo que haría sería agravar enormemente la incuestionable lesión

²² La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ordenó la inscripción en el registro de la Dirección General de Trabajo de la Asociación Nacional de Empresarios Mesalina, cuya actividad mercantil era la tenencia y gestión de establecimientos públicos hoteleros destinados a dispensar "productos o servicios" a terceras personas ajenas al establecimiento, "que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia".

²³Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2001. (C-268/99)

de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación por cuenta ajena para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen".²⁴

En el ámbito nacional, la STSJ Sevilla de 4 de diciembre de 2003²⁵ cuenta con un voto relevante en materia de argumentos contrarios a la legalización. El caso concreto es un club "de alterne" en el que se impugnaban las altas de oficio. la sentencia desestima el recurso de la empresa, confirmando la desestimación de la impugnación del alta en la Seguridad Social por apreciar la laboralidad del alterne. El voto discrepante entiende que también hay práctica de la prostitución, y ello haría nulo el contrato, razonando que "no se trata de que califiquemos con cánones éticos la actividad, sino de garantizar los derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal frente al ejercicio de los poderes directivos y de organización del empresario, que crean un evidente peligro de que la prostitución sea forzada y no libre".

Sin embargo, en ocasiones los jueces han accedido a considerar que el dueño de un local de alterne puede ser condenado por delitos consistentes en imponer a las mujeres allí ocupadas condiciones laborales perjudiciales para sus derechos legales o derivados del Convenio colectivo, aunque formalmente ni él es empleador ni ellas sean sus empleadas, fundamentándose ello en que de lo contrario el más desprotegido cargaría también con las consecuencias de esta desprotección.

4.4 Cuestiones subyacentes

Partiendo de la admisibilidad de una hipotética regulación, la cuestión que nos ocupa ahora es cómo hacerlo. Ello puede conducirnos a situaciones absurdas como requerir cierta cualificación profesional, o la realización de ciclos formativos.

Al ser una actividad de tan difícil abordaje, requerirá una legislación laboral sumamente específica que tiene difícil cabida entre las modalidades contractuales existentes actualmente. Por tanto, el objeto es adecuar esos rasgos particulares de la prostitución de modo que acompañen a lo que es la relación laboral base.

No parece recomendable extender, por ejemplo, la posibilidad de trabajar en esta actividad a los mayores de 16 años; ni incluir contratos de prácticas o de formación. Igualmente absurdo sería establecer la jornada laboral genérica de ocho horas o los descansos genéricamente establecidos, pues requiere más pausas y no parece adecuado físicamente hablando que tenga

²⁴ Íbidem.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 4 de diciembre de 2003 (2003/3638)

tal duración. Por otro lado, en lo relativo al fin de la relación laboral, ¿equiparamos la edad de jubilación? Pues claro está que el cuerpo de estas mujeres requiere unas características que se devalúan con los años; ¿contemplamos el despido por ineptitud? La cuestión aquí es cómo valoramos la falta de habilidades en esta materia; Respecto a la falta de adecuación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo, el empleador podría no estar respetando la capacidad de decisión de una prostituta sobre si aceptar o no una determinada relación sexual o ciertos servicios. Y respecto a la suspensión de la misma, ¿podrían ser considerados como accidentes de trabajo los embarazos?

O como se pronuncia la Juez María Antonia Lozano Álvarez: “¿señalaremos cuántos coitos pueden hacer —las prostitutas— en una jornada de ocho horas, si han de dejarse atar o insultar? ¿Las regularemos el período de descanso cuando menstrúan?”²⁶

Asimismo, quien emplea a prostitutas debe asumir la prevención de riesgos típicos en esta actividad, y, así, estar obligado, como establecen los artículos 12.2. y 12.3 del Decreto Catalán 217/2002²⁷, a poner preservativos a disposición de sus empleadas y empleados y a exigirles su uso, e igualmente a que dispongan de revisiones médicas periódicas.

En la línea económica, ¿se incluirá en las facturas los datos personales del cliente?, pues es un hecho que quien acude no suele hacerlo públicamente; y ello consecuentemente nos conduce a la posibilidad de que la mayor parte de la facturación continúe haciéndose en dinero negro.

Atendiendo a todas estas cuestiones, tal vez lo más acertado sea admitir que la prostitución ni puede ni debe encajar en las actividades laborales “normales”; y centrarnos en lograr en que, hechas las matizaciones requeridas, las mujeres que se dedican a esta actividad tengan mayores derechos y garantías y una mejora en las condiciones de desempeño.

Se tratarían pues de “trabajadoras especiales”, sumándose a una amplia relación de relaciones laborales especiales englobada por el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, como es el caso de los deportistas, artistas o toreros, entre muchos otros.

²⁶ En Actas del Congreso Internacional Derechos Humanos y Prostitución (22 y 23 de noviembre de 2006) Madrid. pp. 148-156, p. 155.

²⁷ Decreto 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, 3695, de 8 de agosto de 2002.

Es de este modo como podríamos matizar la relación laboral atendiendo a sus características, excepcionando ciertos derechos, obligaciones e incluso garantías existentes en los supuestos comunes; todo ello en aras a la consecución de una mejora en la vida de estas trabajadoras, aunque en el fondo, y en el marco de la moral individual, podamos siempre pensar que existen mejores empleos.

5. LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES Y PATERNALISMO SOBRE LA PROSTITUCIÓN

5.1 Terminología y presupuestos

En primer lugar, debemos definir lo que es la autonomía. Una persona autónoma es aquella capaz de determinar el sentido de sus acciones conforme a decisiones racionales. Para Kant estas decisiones se derivan de leyes morales de alcance universal.

De otro lado, a grandes rasgos y de forma sumamente simplificada, el paternalismo constituye una intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma.

Respecto al término “paternalismo”, su origen es anglosajón. Comienza a usarse en ciertas prácticas sociales desarrolladas por los patronos en relación con sus trabajadoras caracterizadas por asumir responsabilidades en la mejora de la calidad de vida de estas. Estas prácticas de los patronos, denominadas por la historiografía actual paternalismo industrial, tienen mayor acogida en la segunda mitad del siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX en los países industrializados. En el caso de España, resurgen también desde 1940 hasta los años 60, durante la dictadura franquista.

Este término se ha difundido enormemente, llegándose a aplicar a las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, extrapolándose el modelo de relación paterno-filial y entre patrono y trabajador a otro tipo de relaciones sociales, si bien no desde la perspectiva tanto del cuidado, sino desde la del control. Pero esta aplicación del modelo del poder paternal se cuestiona, ya que el ejercicio de cualquier responsabilidad cuyo cumplimiento esté orientado a proteger el bienestar individual de otros pone de manifiesto que este bienestar puede ser puesto en peligro por los propios individuos.

El elevado valor que se da a la autonomía individual, a la democracia y al libre mercado podrían impedir encontrar supuestos de paternalismo justificado, pero hay supuestos concretos de intervenciones que se consideran justificadas.

Por su parte, John Stuart Mill, articula el principio del daño, en virtud del cual el único principio por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección, y sólo puede ejercerse legítimamente el poder sobre los miembros de una comunidad civilizada, contra su voluntad, si es para impedir el daño a otros. Así las cosas, una interferencia por el Estado en el comportamiento de los ciudadanos estará relacionada con la restricción o limitación de sus actividades con la finalidad de proteger los intereses de estos mismos ciudadanos, de desalentar conductas o elecciones que pueden impedirles una vida acorde con lo que son sus verdaderos planes de vida. En esta situación nos encontraríamos ante un modelo paternal de gobierno propio del despotismo, denominado paternalismo jurídico, que era criticado por Kant por tratar como niños a los súbditos.

Para que esta intervención paternalista sea posible es necesario un hipotético consentimiento, de forma tal que la medida paternalista estaría justificada si una persona racional estuviera de acuerdo con la misma, es decir, si alguien rechaza esa medida es porque no está en condiciones de comprender su alcance.

Por tanto, influye aquí también la idea de competencia; esto es, la capacidad de las personas para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta; siendo, por tanto, la falta de esa competencia una condición necesaria para justificar las medidas paternalistas. Esta situación de falta de competencia se relaciona con: unas facultades mentales reducidas, la ignorancia de elementos relevantes en la situación en que se tiene que actuar una fuerza de voluntad tan reducida que no se pueden llevar a cabo las propias decisiones, cuando se actúa bajo compulsión o amenaza, o cuando sabiendo de la importancia de un bien y no deseando ponerlo en peligro no se utilizan los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer de ellos con facilidad.

Además de la competencia básica existe otro requisito: la intervención ha de tener un interés benevolente. De forma que no en cualquier situación sería justificable la intervención paternalista del Estado.

Así, en un primer plano, las vidas deberían ser primordialmente autónomas, pero estas pueden ser peores por los desaciertos de la gente al efectuar sus elecciones y puede suceder que estas elecciones conduzcan por completo a una vida desvaliosa. Sin embargo, muchos opinan que difícilmente podemos hablar de que una vida es valiosa contra las ideas de su propio titular, de manera que la autonomía no es condición suficiente para determinar si una vida es buena, pero sí sería condición necesaria.

En base a esto, una instrumentalización sexual prescindiendo del consentimiento de una de las partes implicadas sería inadmisiblemente moralmente hablando. Sin embargo, si contemplamos la posibilidad de que fuese consentida, pasaríamos de hablar de cosificación a consentimiento.

Todos nosotros, a excepción de los ricos y desempleados, obtenemos dinero del uso de nuestro cuerpo. Profesores, abogados, cantantes, bailarines, doctores, e incluso prostitutas desempeñan actividades con diferentes partes de su cuerpo por las que reciben un salario a cambio. Sin embargo, algunos reciben mejores salarios, otros tienen un mayor control sobre sus condiciones de trabajo y otros tienen mayores estigmatizaciones.

Según Nussbaum, la cuestión más urgente en la prostitución es la de ser una oportunidad de empleo para las mujeres trabajadoras, siendo necesario un control de sus condiciones de trabajo²⁸; y señala:

*“que una mujer con muchas opciones laborales elija la prostitución no nos debería preocupar, es la ausencia de opciones para las mujeres pobres las que convierten a la prostitución en la única alternativa posible y eso es lo verdaderamente preocupante”.*²⁹

5.2 El mercado prostitucional

Pero ¿hasta qué punto puede ser comercializado el cuerpo de estas mujeres?

²⁸ Nussbaum, M. (1999) *Whether from reason or prejudice. Taking money for bodily services in Sex and social justice*. Oxford. University Press. Citado en: Beltrán E.(2011) *En los márgenes del Derecho antidiscriminatorio: Prostitución y derechos de las mujeres*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45. pag. 55

²⁹ Nussbaum, M. (1999) *Whether from reason or prejudice. Taking money for bodily services in Sex and social justice*. Oxford. University Press. Citado en Lugo Saucedo P. (2017). *El ¿Trabajo? sexual*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Debra Satz³⁰ trata de responder a la cuestión, más genérica, de por qué algunas cosas no pueden ser comercializadas.

Nos habla de los mercados nocivos, que son aquellos que reflejan las extremas vulnerabilidades que existen en una de las partes de la transacción, de forma tal que la parte débil queda en riesgo de explotación, ya que encontrándose en esa situación de vulnerabilidad aceptará prácticamente cualquier condición de la oferta. Son los mercados de la indigencia y de la pobreza, donde los participantes tienen necesidades muy desiguales, de forma que se pueden dar ciertos modelos de dominación y subordinación entre las partes ya que cuando alguien tiene una gran necesidad de un bien que otro controla se convierte en dependiente de la voluntad de quien tiene ese bien.

Debemos valorar estos mercados de acuerdo con la justicia social, pensando en lo que somos, lo que queremos ser y la sociedad que queremos construir. Siguiendo las ideas de Smith, Malthus y Marx, la forma en que se realizan los intercambios puede determinar o influir en lo que seremos.

A pesar de todo ello, no es tan obvio que un mercado nocivo deba ser prohibido, ya que en ocasiones ello puede intensificar los problemas.

Satz, a la hora de analizar la prostitución, adopta una posición en la que, sin dejar de atribuir a la misma tal y como se realiza en la actualidad una influencia negativa en la persistencia de la subordinación de las mujeres (lo cual atenta contra los principios de igualdad), considera que debe ser legalizada y regulada, pues las mujeres se encontrarían en una situación peor aún en la clandestinidad.

El mercado del sexo existe en numerosos lugares del mundo, donde los demandantes, mayoritariamente hombres, buscan los servicios sexuales ofrecidos mayoritariamente por mujeres a cambio de dinero.

Si hubiese una simetría de poder, la parte oferente-seductora y la parte demandante-compradora tendrían fuerzas correlativas, y ello en principio se da, pero desaparece cuando

³⁰ Satz, D. (2015) *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*. Argentina. Siglo XXI Editores. Citado en: Beltrán E. (2011) *En los márgenes del Derecho antidiscriminatorio: Prostitución y derechos de las mujeres*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45. pag. 55

aparecen intermediarios como proxenetas, empresarios u otros desequilibrantes de la relación de poder. A partir de ese momento una de las partes pasa a ser vulnerable y ello se acentúa con la desprotección legal que se da en este ámbito.

La prostitución es un sector económico que cuenta con una industria organizada y diversificada con unas bases económicas muy amplias y ramificadas en distintos locales, proveedores alimenticios, agencias, servicios sanitarios y de seguridad, pero todo ello en la clandestinidad, lo cual facilita los abusos³¹.

5.3 Debate iusfilosófico

5.3.1 Sobre el paternalismo

John S. Mill introdujo en la discusión iusfilosófica el término “paternalismo”. Ello sucede en la polémica de los años cincuenta entre Herbert L.A. Hart y Patrick Devlin sobre la imposición jurídica de las normas morales.

Hart separa al paternalismo de los problemas de las relaciones entre Derecho y moral, y adopta una actitud favorable a la aceptación del paternalismo jurídico, prestando especial atención al ejercido por medio de la coacción penal.

La creencia de Hart de que el paternalismo era una política coherente se confirmaba por la aceptación de la posibilidad de justificar ciertos casos de paternalismo en la Teoría de la justicia de John Rawls.

Por su parte, Rawls no entra en el fondo de la discusión acerca del paternalismo, haciendo tan solo algunos apuntes sobre la compatibilidad de su justificación por medio de la teoría de la justicia, basándose asimismo en la teoría sobre el paternalismo de Gerald Dworkin.

Rawls se refiere al paternalismo a la hora de aclarar la aplicación de sus principios de justicia, concretamente en lo referido a la prioridad del principio de libertad (que significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma). Pero hay otros dos hechos que justifican una restricción de libertad: las limitaciones y accidentes naturales de la vida humana o de factores históricos y sociales; y que la injusticia exista tanto en las disposiciones sociales como en la conducta de los individuos.

³¹ Lean Lim L. (2004). *El sector del sexo: la contribución económica de una industria*. Citado en Osborne, R. (2004) *Trabajador@s del sexo : derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Bellaterra.

Es en la argumentación acerca de la aplicación de la teoría ideal de la justicia a sociedades reales donde surge el tema del paternalismo.

John Rawls nos describe el razonamiento en la posición original sobre el paternalismo en este fragmento:

*“En la posición original, las partes (...) querrán asegurarse contra la posibilidad de que no se desarrollen sus poderes y no puedan satisfacer de un modo racional sus intereses, como ocurre en el caso de los niños; o que, por alguna desgracia o algún accidente, queden incapacitados para tomar decisiones que les beneficien, como ocurre en el caso de las personas seriamente disminuidas o mentalmente trastornadas”*³²

Del texto deducimos la única justificación del paternalismo relacionándolo con las acciones y decisiones de los individuos que no son sustancialmente autónomas, y siempre y cuando ello sea necesario por su bien; quedando de esta forma justificado proteger a las personas de sus decisiones y acciones desacertadas o imprudentes, sean o no sustancialmente voluntarias. Sin embargo, acerca de esto último se cuestiona si Rawls defendería la validez moral del paternalismo ejercido sobre sujetos que actúan voluntariamente o si asumiría la teoría del consentimiento hipotético-racional, según la cual una elección o consentimiento irracional es siempre involuntario, pues lo que la persona realmente quiere siempre será lo racional.

Como criterios guía de la aplicación del principio paternalista Rawls establece que:

“esta autorización solo se pone en práctica cuando no podemos cuidar de nosotros mismos. Las decisiones paternalistas han de guiarse por las propias preferencias del individuo y por sus intereses, en tanto que no sean irracionales o, a falta de conocimiento de estos intereses, por la teoría de los bienes primarios”.³³

Además, el individuo aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos lo mejor.

Finalmente, insiste en que:

³² Rawls J. (1971) *A Theory of Justice*. Oxford. pag.248. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. pag. 168

³³ Rawls J. (1997) *Teoría de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica. Pag. 234. Citado en Alemany García M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante. Pag. 87

*“la intervención paternalista ha de justificarse por la pérdida evidente o la ausencia de razón o de voluntad; y debe guiarse por los principios de la justicia y por lo que se conoce acerca de los intereses más permanentes del individuo o por el cómputo de bienes primarios”.*³⁴

Así, la influencia de Rawls se sintetiza en que acepta la existencia de casos de paternalismo justificado, influyendo en el contenido de la reflexión sobre el mismo, desde la óptica de la importancia dada al consentimiento para justificar intervenciones paternalistas.

Por otro lado, Gerald Dworkin, tras considerar en un primer momento el concepto de paternalismo en general, distingue entre paternalismo duro, que recae sobre individuos competentes (adultos en pleno uso de sus facultades mentales), y paternalismo blando, dirigido a individuos incompetentes (menores y adultos con facultades mentales limitadas), reflejando su negativa a la justificación del primero.³⁵

Siendo el paternalismo la interferencia con la libertad de acción de las personas por su propio bien, algunos ejemplos reflejan que “la clase de personas cuyo bien está en juego no siempre es idéntica a la clase de personas cuya libertad es restringida, constituyendo esto una distinción entre casos de paternalismo puro, en el cual “la clase de personas cuya libertad es restringida es idéntica con la clase de personas cuyo beneficio se pretende promover con tales restricciones. Ejemplos: hacer del suicidio un delito, exigir a los pasajeros en los automóviles llevar cinturón de seguridad, exigir a un testigo de Jehová recibir una transfusión de sangre”³⁶; e impuro, en el que “tratando de proteger el bienestar de una clase de personas encontramos que el único medio para hacerlo supondrá restringir la libertad de otras personas junto a aquellos que son beneficiados” como, por ejemplo, la prohibición de la venta de cigarrillos para proteger la salud de los fumadores³⁷.

Así, la justificación del paternalismo jurídico consiste en tratar de evitar que el sujeto se dañe a sí mismo.

³⁴ Rawls J. (1997) *Teoría de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica. Pag. 235. Citado en Alemany García M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante. Pags. 87-88.

³⁵ Dworkin. G. *Some Second Thoughts*. Sartorius, Rolf. Paternalism. Pags. 105-111. Citado en Alemany García M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante. Pag. 92

³⁶ Dworkin. G. *Paternalism*. Sartorius, Rolf. Pag. 22. Citado en Alemany García M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante. Pag. 95

³⁷ *Ibidem*

Pues bien, el origen doctrinal del paternalismo se debe a Hart, quien propone una vía intermedia entre el moralismo jurídico de Lord Devlin (que entiende que todo acto inmoral, aunque no dañe a terceros, incumbe a la sociedad y como tal debe ser sancionado) y el principio liberal de John S. Mill (para el cual a la sociedad solo le incumben las conductas del individuo que dañen a terceros).

Hart se opone al moralismo jurídico al negar que la mera inmoralidad de un acto privado sea suficiente para legitimar la intervención penal, y asimismo a la tesis del daño a terceros de John S. Mill, ya que caben distintas razones a las aportadas por el moralismo jurídico que justificarían sanciones penales a actos privados, esto es, las razones paternalistas. De hecho, el propio Mill reconoció excepciones a su idea general de que nadie es mejor juez de uno mismo respecto a lo que daña sus intereses.

Tampoco sería suficiente para negar la validez del paternalismo jurídico, ya que, en ciertos casos, el argumento de la autonomía personal (por medio del cual el ordenamiento actúa de forma paternalista negando la posibilidad de elegir a una persona e imponiendo a otro dicha decisión) podría hacerse igualmente para cualquier tipo de obligación jurídica impuesta al individuo.

5.3.2 Instrumentalización

Podemos hablar aquí también de la instrumentalización, donde procede traer a colación que el intercambio de sexo por dinero vulnera el imperativo categórico kantiano, pues supone tratar a quien ofrece el servicio sexual como un mero instrumento.

Se trata de un argumento que obligaría a censurar prácticas actualmente admisibles tanto moral como jurídicamente.

Comenzando por la concepción de “actividad sexual”, esta sería siempre una forma de instrumentalización de la otra parte. Así lo entiende Kant en sus Lecciones de Ética, en las que establece que sólo mediante el contrato matrimonial y el compromiso vital íntegro que este implica se puede purgar esa degradación del ser humano que tiene lugar al convertirse en un instrumento de la satisfacción sexual ajena.

Incluso si aceptásemos una ética pública de mínimos de la dignidad de la persona como límite a la autonomía individual, la autodeterminación femenina sexual impide poder hablar de cosificación del ser humano.

Sin embargo, no es la moral de la práctica sexual en sí misma lo que vulneraría el imperativo categórico kantiano, sino más bien las condiciones de su realización. No es suficiente con tratar al otro como instrumento, ya que eso se hace continuamente, sino que se haga meramente como tal. Y ello no se determina porque el desempeño sea físico o corporal (como se denuncia en el ámbito de la prostitución), ya que no hay actividad para otros que no involucre todo nuestro cuerpo. Evitar esa instrumentación y ver la prostitución como un problema esencialmente regulatorio es el espíritu que recogen los partidarios del reglamentarismo, quienes hacen una llamada al poder público para que intervenga de forma que los trabajadores del sexo desempeñen dicha actividad de forma digna. Quizá no estando sometidas a poder de dirección ajeno, ni siendo considerada a nivel institucional la prostitución como un trabajo común, de forma que evitemos su oferta por los servicios de empleo a quienes busquen trabajo, o ampliando el catálogo de las profesiones que se estudian.

5.4 Admisibilidad del paternalismo en la prostitución

Una vez admitido el paternalismo jurídico en determinados supuestos, ¿podría incluirse entre los mismos la prostitución?

La prostitución, incluyendo la que se ejerce siendo elegida de forma libre, puede ocasionar daños físicos y psicológicos (de ahí que se prohíba en menores e incapaces). Asimismo, puede fomentar la comisión de otros delitos o alterar la salud y seguridad públicas, causando daños tanto a quienes la ejercen como en el orden público.

Además, es un intercambio asimétrico en el que se vende de forma temporal la personalidad a cambio de dinero, lo cual conlleva la devaluación del cuerpo de quien la ejerce al poner una etiqueta con precio a su sexualidad.

Es un intercambio mercantil de cosas que pertenecen a esferas de valoración distintas, debido a la naturaleza del bien y el tipo de transacción. Es por ello que el derecho prostitucional debe dictarse considerando los derechos de quienes la ejercen y una actuación de los poderes públicos que ha de tener como fin la prevención del fenómeno (para que no se dé o se produzca de forma más leve), además de ofrecer alternativas que faciliten el abandono de la práctica de esta actividad a quien quiera hacerlo.

Por tanto, el legislador podría prohibir su ejercicio válidamente de manera universal (como en el caso de los suecos), pero en la determinación de la política social y criminal existen otros factores que hacen desaconsejables este tipo de regulaciones.

En nuestro país, la Constitución ni reconoce ni prohíbe la prostitución, pero tampoco obstaculiza una potencial prohibición legislativa ni fuerza su reconocimiento jurídico desde la perspectiva laboral; sino que deja un amplio margen configurador al legislador, quien debe interpretar en cada momento la cuestión y optar por el modelo de regulación que estime oportuno. De modo que, corresponde al legislador regular esta situación, no hacerlo, o hacerlo parcialmente.

Por otro lado, podría aludirse el argumento de que el castigo de los clientes disminuiría la situación de explotación sexual de una gran cantidad de personas, de forma tal que la prostitución voluntaria se sacrificaría por un bien mayor, cuantitativamente hablando. Si un acto de libertad tiene repercusiones de tal calado en bienes jurídicos esenciales de muchos terceros ello sería motivo justificante para abstenerse a realizarlo. Pero debemos también preguntarnos quién tiene la legitimidad necesaria para determinar que las decisiones de algunas personas no son válidas o son fruto de la ignorancia en base al daño ocasionado a terceros.

La idea de superar los límites de la moral en el ámbito de la prostitución empieza a ver la luz en nuestros tribunales con la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 abril 2009³⁸, que afirma que “la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”, de manera que se trata de discernir entre moral y la regulación de la misma.

5.5 La imposición de la moral por el Derecho

Continuando en la línea del paternalismo estatal llegamos a la cuestión de la imposición de la moral por el Derecho. Para tratar este tema partiremos del liberalismo económico, un sistema en el cual la mayor parte de las decisiones se toman por medio del mercado, de manera que el Estado y las normas sociales tienen una intervención mínima.

El filósofo Michael Sandel trata los límites morales del mercado, criticando el hecho de que, en la actualidad, aparentemente, todo es comercializable, es decir, todo se puede adquirir a cambio de dinero, cuestión que es observable en el ámbito prostitucional. Sostiene Sandel que a lo largo de las últimas décadas los valores del mercado han desplazado a otras normas

³⁸ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 14 abril 2009 (425/2009)

sociales no mercantiles en casi todos los ámbitos de la vida – medicina, educación, gobierno, leyes, arte, deportes, e incluso familia y relaciones personales. Sin darnos cuenta de ello, hemos pasado de tener una economía de mercado a ser una sociedad de mercado.

Por otro lado, las mujeres son tendentes a tener unas actitudes menos favorables al liberalismo económico que los hombres. Según Gómez Vidal, esta brecha de género podría deberse a la desigualdad que han sufrido las mujeres en el mercado laboral históricamente, derivando ello una percepción mucho más sensible de la realidad económica en materia de desigualdades creadas por el mercado.

Quienes tienen una actitud desfavorable al liberalismo económico tienden a dar al mercado un ámbito de actuación muy limitado, actitud que se ve manifestada en el hecho de que estas personas suelen ser menos favorables a la consideración de la prostitución como una actividad económica más que se debe proveer en el mercado. De manera que, quienes son más favorables al liberalismo económico tienden a ser proclives a la legalización en el mercado de actividades con una aceptabilidad moral controvertida (la prostitución, entre otras).

Así las cosas, las mujeres, además de ser menos favorables al liberalismo económico que los hombres, también apoyan menos la descriminalización de la prostitución, a lo que va unido el hecho de que también más mujeres que hombres la consideren violencia de género.

La opción de no pronunciarse hacia ningún sentido y conservar la regulación actual de la prostitución en España no parece sostenible a largo plazo. Pero dada la sensibilización de un sector poblacional compuesto principalmente por mujeres con la negativa a que todo se pueda comprar o vender en el mercado (no deben comercializarse los cuerpos por motivos como la desigualdad de género o la violencia intrínseca en la prostitución), a la hora de proponer los objetivos de una política de regulación de la prostitución, no debería considerarse sólo la perspectiva de la eficiencia, tratando al comercio de servicios sexuales como una actividad económica más.

Si por el contrario se optase por la descriminalización de la prostitución, se eliminaría el estigma social o se lograría la mejora del bienestar de quienes se dedican a esta actividad, aunque también conllevaría ciertos problemas como pueden ser: la normalización social y consecuente incremento de la demanda; que el aumento del sector desencadene en un aumento de la trata, la prostitución forzada y la prostitución de menores; y la posible persistencia de la desigualdad de género en un ámbito como este, en el que se manifiesta notablemente.

La visión abolicionista pretende destruir las estructuras de desigualdad de género existentes en la prostitución, buscando el paso del estigma social de las trabajadoras del sexo al cliente, emancipando a las personas prostituidas, y buscando en último término el fin de la prostitución.

Pero a la hora de ejecutar esta propuesta también surgen problemas, como por ejemplo la precarización de quienes ejercen la prostitución, de las que gran parte son mujeres en una situación administrativa irregular. Además, a veces esta política, en la medida que ilegítima moralmente la prostitución, acaba teniendo el efecto no deseado de incrementar el estigma a las trabajadoras sexuales y no solo a los clientes.

Así, el éxito del abolicionismo requeriría una serie de medidas accesorias que conllevan un elevado coste presupuestario y la voluntad política de hacerlas aplicables. Dichas medidas, por un lado, tendrían la finalidad de facilitar el abandono de la prostitución, acompañándola de medidas de apoyo psicológico, orientación, reinserción laboral y protección, entre otras posibles; y, por otro, de apoyo y protección a quienes opten por continuar su práctica.

Consiste en regular una actividad no únicamente desde la óptica de la eficiencia económica y de la asignación de recursos, sino también desde la de la igualdad, considerándose como un fallo en la equidad.

La prostitución es una actividad que no puede presumirse que siempre se desarrolle de forma voluntaria, libre y protegida frente a abusos, y que, aun si estuviese legalizada persistiría la consideración de la misma por gran parte de la población como una forma de desigualdad y violencia de género y que debería desincentivarse haciendo uso de regulaciones positivas, y es sobre esto sobre lo que recae un debate aún abierto y repleto de matizaciones posibles.

Entre los temas usualmente abordados en la relación entre el derecho y la moral, destaca la posible justificación de la imposición de las normas morales empleando como instrumento para ello el Derecho; hecho que es fuente de discordia acerca de si la inmoralidad de las acciones basta para justificar la intervención del derecho

Si lo vemos desde la óptica liberal, predominan las disposiciones defensoras de que los actos humanos no pueden ser prohibidos legalmente salvo que dañen a terceros. En esta línea el Título Primero de la Constitución Española establece garantías a través de la regulación de los derechos fundamentales en los artículos 14 (no discriminación), 16 (libertad ideológica) y 18 (intimidad), entre otros. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya recogía estos derechos en sus artículos 4 y 5 al indicar que “la libertad consiste en

hacer todo lo que no daña a los demás... La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad”.

En el marco penal liberal, la simple inmoralidad del acto no sería bastante para prohibirlo, debiendo el Estado adoptar una posición de neutralidad respecto de la moral particular de los ciudadanos. Pero si lo abordamos desde la perspectiva jurídico-filosófica, esta polémica se remonta a los años 60, con el debate entre Lord Devlin y Hart acerca de la descriminalización de la homosexualidad y de la prostitución. En 1959 el Comité Wolfenden³⁹ concluyó que era recomendable desregular ambas conductas por no ser de incumbencia del Estado los actos privados consentidos entre adultos.

En base a ello, no habría un derecho a intervenir en la esfera de la vida privada de las personas, ni mucho menos imponer modelos de comportamiento concretos más allá de lo imprescindible para salvaguardar ciertos derechos, por lo que existe un ámbito de la moralidad privada que quedaría fuera del derecho.

En consonancia con el Comité de Wolfenden, Mill sostiene que “La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”⁴⁰.

Y Devlin, quien primeramente coincidía con Mill, en sus Conferencias Macabeas cambió el sentido de su conciencia concluyendo que esas ideas eran inaceptables, ya que todo sistema jurídico impone una cierta moral en su derecho penal, pues este es el instrumento de que dispone para defenderse contra posibles ataques, de modo que está inevitablemente moralizado.

Así, Devlin defiende el moralismo legal con dos ideas:

³⁹Comité Departamental sobre Delitos Homosexuales y Prostitución presidido por Sir John Wolfenden, que elabora un informe británico en 1959 cuya principal recomendación es que la actividad sexual entre adultos con consentimiento ya no sea un delito penal.

⁴⁰ Mill J. S. *Sobre la libertad*. Citado en Malem Seña J. F. (2005). *De la Imposición de la Moral por el Derecho. La Disputa Devlin-Hart*. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

La primera, que la cohesión de una sociedad depende de la moral compartida por sus miembros, es decir, entiende la sociedad como una comunidad de ideas, tanto políticas, como acerca de cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas y son estas últimas ideas las que constituyen su moral.

La segunda, que toda sociedad tiene derecho a defender su integridad, tanto externa como interna, y la inmoralidad constituye un ataque a esta última, pues si la moral común y compartida por los miembros de la sociedad es su punto de unión, la inmoralidad la estaría dinamitando. De modo que la sociedad defendería su integridad por medio de leyes, debiendo imponer a través de normas penales la moral que es fuente de unión social.

Así las cosas, la imposición legal de la moral es una autoprotección y no una defensa de una hipotética moral verdadera y “lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social per se. Aunque la cohesión social requiere la integración de los individuos en torno a un conjunto de creencias morales compartidas, no requiere que las creencias que comparten sean también verdaderas. Por tanto, según Devlin, una sociedad puede imponer legítimamente cualquier creencia moral compartida que mantiene a sus miembros unidos”⁴¹

Es por ello que inmoralidad jurídica es aquella que cualquier persona con capacidades adecuadas consideraría inmoral. Pero no cualquier acto de inmoralidad es susceptible de castigo por el Estado, siendo necesario para ello que exista una verdadera reprobación o reproche al mismo. Devlin afirma que “Su existencia es un buen indicio de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo ha de tolerarse. Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las pruebas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirán lo bastante como para privar al individuo de libertad de elección”⁴².

Pero todo ello estaría justificado en una “moral colectiva”, de forma que sería una moral pública. Pero ¿qué sucede en la moral individual o privada? Si bien Devlin rechaza la distinción entre la inmoralidad pública o privada, es indiscutible que en la sociedad actual no

⁴¹ V., Robert P. George (1990) *Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate*. The American Journal of Jurisprudence, 35. Pag. 20. Citado en Malem Seña J. F. (2005). *De la Imposición de la Moral por el Derecho. La Disputa Devlin-Hart*. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

⁴² Íbidem. Pags. 16-17

existe una moral absolutamente común a todas las personas integrantes de un Estado, por lo que sí que cabría concebir la existencia de una moral privada o individual que puede ser atacada sin necesidad de poner en riesgo a la sociedad como conjunto. Y es esta la que en cierto modo queda afectada por el debate prostitucional, pues, ¿la legalización de la prostitución es susceptible de afectar a la integridad moral de una sociedad que se “escandalizaría”, o por el contrario afecta mayormente a las personas directamente intervinientes en dicha actividad, afectando a su moral individualmente considerada? De modo que la concepción de Devlin tendría un intenso sesgo conservador, apreciable también en su negativa a distinguir entre pecado y delito, entre el derecho divino y el secular y entre el derecho y la ley moral, que no tendría pleno sentido o cabida en la sociedad actual tal y como se conforma.

Es en este punto donde procede traer a colación el caso Dudgeon⁴³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene dentro de sus funciones la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo objetivo es la creación de un espacio europeo para la validez y eficacia de los derechos humanos, se pronuncia sobre una cláusula referente a la protección de la moral.

En el caso Dudgeon, el tribunal entiende que dicha cláusula era referida a las pautas éticas de la sociedad en su conjunto, implicando por tanto la defensa de las reglas morales de dicha sociedad y, consecuentemente, cada Estado tendrá derecho a dictar normas orientadas a la protección de las creencias morales de su comunidad.

Sin embargo, pueden existir disparidades culturales entre distintas comunidades pertenecientes al mismo Estado, y su Gobierno tiene el deber de atender a sus diversas exigencias, tanto morales como sociales. Aquí las autoridades neoirlandesas en la persecución de Dudgeon sostuvieron que la despenalización de la homosexualidad erosionaría las pautas morales vigentes.

Aquí el Tribunal asume una posición relativista alineada con la de Devlin al señalar que cada Estado Miembro puede mantener sus propios criterios morales, y las leyes cuyo fin es mantener la cohesión moral de la sociedad serían legítimas al reconocer que cada sociedad tiene su propia moral y esta puede ser diferente en cada una de las otras, y el castigo de los actos inmorales también por basarse en la autoprotección y no en su corrección universal.

⁴³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de octubre de 1981 (7525/76)

Pero esta cláusula de protección de la moral ha de emplearse únicamente si el bien protegido es superior al que garantiza el un derecho humano, y el Tribunal alude que la protección contra la desintegración social es superior a los valores y planes de vida individuales.

De otro lado, Hart realiza una crítica a las tesis de Devlin bajo las siguientes consideraciones:

Alude que Devlin confundía las leyes con fundamentos paternalistas prohibitivos (cuyo fin es evitar que las personas incompetentes se dañen a sí mismas), con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. Y ello se manifiesta en que el consentimiento en derecho penal tiene escasa relevancia; y que también confundía la legitimidad de la represión de la indecencia con la justificación de la represión de actos inmorales privados. La primera de ellas tiene como fin evitar la ofensa a los sentimientos de terceros, quedando justificadas incluso cuando los actos tengan lugar en la esfera privada de forma legítima. Por su parte, la represión queda justificada por concurrir daños en terceros y no tanto por el castigo de la inmoralidad.

Las críticas de Hart a Devlin podrían servir para invocar el principio del daño en aras a sostener que ni la homosexualidad del caso Dudgeon ni la prostitución deben ser prohibidas porque no causan dicho daño.

Según Carlos Nino “*De la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución*”⁴⁴. Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición perfectamente coherente.

Por otro lado, el concepto de daño tiene una denotación que sigue ciertas reglas. Solo una vez conozcamos las pautas morales se podría determinar si un acto es constitutivo de daño. Por ello, defender el principio del daño es incompatible con defender la separación entre el derecho y la moral y, además, el derecho penal siempre conlleva un sentido moral de los actos al tener que establecer si los actos han de ser penados.

Devlin y Hart concluyen que la inmoralidad sí es de incumbencia del Derecho, por lo que el punto a tratar no es tanto si el Derecho es el medio adecuado para imponer una moral, sino qué tipo de moral debe imponer.

En el liberalismo, el objeto del Derecho es crear condiciones para lograr el aflorar de la individualidad, y es aquí donde los principios de inviolabilidad de la persona, autonomía y

⁴⁴Nino. C.S. (1980) *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires. Astrea. pags. 281-282

dignidad serían eficaces para crear un derecho penal justificado, constituyendo límites para pretensiones perfeccionistas. Al prohibirse la homosexualidad o la prostitución se estaría restringiendo de modo ilegítimo la autonomía individual de los individuos al reducir su capacidad o posibilidad de elección entre las posibles alternativas, y consecuentemente, la posibilidad de que las personas creen su propio plan de vida, y ello supondría una imposición moral positiva éticamente inaceptable.

5.5.1 Moralismo jurídico

John Stuart Mill indica que:

“el único fin en aras del cual la humanidad, individual o colectivamente está autorizada a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la auto protección... El único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su propia voluntad, es el evitar un daño a los demás.”⁴⁵.

El único fin en la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma es generalmente llamada “paternalismo”⁴⁶.

En el paternalismo jurídico siempre hay una buena razón para realizar prohibiciones o mandatos jurídicos, a pesar de ser contrarios a la voluntad de sus destinatarios, cuando son necesarios para evitar un daño, ya sea físico, psíquico o económico.

Pero el problema del paternalismo jurídico debe abordarse más profundamente desde la perspectiva de su función moralizante en el orden jurídico, interviniendo no solo para prevenir ciertos daños, sino también para prohibir conductas que son consideradas intrínsecamente inmorales. Esto es lo conocido como “moralismo jurídico”.

Sin embargo, no se debe confundir el paternalismo jurídico con otras formas de intervención coactiva; es el caso en que el Estado interviene para asegurar un beneficio del destinatario de

⁴⁵ Mill J.S. (1978) *On Liberty*. Glasgow. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 155

⁴⁶ Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 155

la medida, o el perfeccionismo, imponiendo prohibiciones jurídicas en aras a perfeccionar el carácter de a quienes se imponen⁴⁷.

Pero ¿es posible justificar el paternalismo jurídico al margen del moralismo jurídico?

Pues bien, se emplean principalmente tres argumentos en su contra:

1. El argumento utilitarista formulado por Mill, según el cual nadie es mejor juez que uno mismo respecto a lo que daña o no los propios intereses.

Sin embargo, esta premisa sería insostenible, ya que no siempre conocemos mejor que nadie cuales son nuestros intereses ni qué medidas pueden promoverlos o dañarlos, pues hay sujetos sometidos a la acción paternalista que pueden presentar déficits o incompetencias que justificarían la excepción al principio del daño a terceros como fundamento de la coacción estatal.

Además, el principio del daño se basa en meras presunciones generales, ya que se supone que una acción daña a terceros, prohibiéndola de forma general, aun cuando en casos particulares no sea de esta manera. Y, a ello le sumamos el hecho de que, si no se conocen los intereses de cada cual, es imposible realizar el cálculo del bienestar general a que aspira el utilitarismo.

2. En base a la libertad, Mill plantea el argumento de la autonomía de la persona, dictando que la intervención paternalista estatal atentaría contra la misma.

Encontramos distintos tipos de autonomía: autonomía como facultad de ejercitar la capacidad de elección y autonomía como capacidad de elección, sin embargo, esta última es difícilmente argumentable que sea privada por la intervención paternalista. Husak sostiene que “Si una intervención paternalista es eficaz para proteger el bienestar físico del agente, su capacidad de elección está en realidad preservada por la interferencia”⁴⁸.

3. En tercer lugar, en virtud de la violación del principio de igualdad, toda medida paternalista presupondría una relación de supra y subordinación, de forma que violaría el principio de

⁴⁷ Feinberg J. (1983). *Legal Paternalism*. en Rolf Sartorius (comp.) *Paternalism*. University of Minnesota Press. Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 157.

⁴⁸ Husak, Douglas N. (1981). *Paternalism and Autonomy*. *Philosophy and Public Affairs*. vol. 10, n° 1. Pags. 27-46. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 160.

igualdad, que es un principio básico de la sociedad democrática, constitutivo además de un Derecho fundamental garantizado por nuestra Constitución.

Al margen de todo ello, si aceptamos la posibilidad de que alguien se dañe voluntariamente, y además resaltamos la relevancia del respeto de la autonomía de la persona, la justificación del paternalismo podría radicar en el consentimiento expreso o hipotético de la persona a que afecta. Así, en esta línea Gerald Dworkin dice que: “la noción básica de consentimiento es importante y me parece ser la única vía aceptable para tratar de delimitar el área del paternalismo justificado”⁴⁹.

Sin embargo, no hablamos de una existencia efectiva del mismo, sino de un consentimiento hipotético⁵⁰, de una hipótesis de racionalidad. De modo que, la medida paternalista queda justificada si toda persona racional puede estar de acuerdo con la misma, y, desde otra perspectiva, quien rechaza dicha medida lo hace porque no está en condiciones de comprender su alcance. Carecerían de esta capacidad de comprensión: si ignoran los elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar; si su fuerza de voluntad está afectada hasta el punto de no poder llevar a cabo sus decisiones; si sus facultades mentales están reducidas; o si actúa bajo compulsión, entre otros.

Quien se encuentre en estas situaciones será incompetente básico, quedando en una situación de desigualdad negativa respecto a los otros.

Sin embargo, las competencias básicas son un concepto relativo, ya que varían en función de la sociedad en que nos situemos o el momento histórico y cultural; cuanto más compleja es una sociedad, mayor nivel competencial requerirán.

Para que el paternalismo sea justificable ha de haber también un interés benevolente⁵¹ cuyo fin es superar los inconvenientes derivados de la incompetencia básica, es decir, evitar que el

⁴⁹ Dworkin G. (1983). *Paternalism*. en Rolf Sartorius (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press. citado en Alemany García M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante

⁵⁰ Dworkin G. (1983). *Paternalism: Some Second Thoughts*. Rolf Sartorius (comp.) *Paternalism*. University of Minnesota Press. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 165.

⁵¹ Murphy, Jeffrie G. (1974). *Incompetence and Paternalism*. ARSP. LX, n° 4. Pags. 465-486. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 167.

incompetente se dañe a sí mismo. Si este requisito no se da, o bien se intervendría únicamente en virtud del principio de daño a terceros o instrumentalizando al incompetente básico.

Así, la aplicación de medidas paternalistas puede ser constitutiva de una relación de superioridad en muchos casos, y consecuentemente, desigualitaria. Ello se debe a la propia definición de “incompetencia”. Pero el objetivo propio de estas medidas es precisamente acabar con la desigualdad, de forma tal que Rawls puede afirmar que, en la posición originaria, las personas:

*“desearán asegurarse en contra de la posibilidad de que sus facultades estén subdesarrolladas y no puedan promocionar racionalmente sus intereses, como en el caso de los niños; o que por alguna desgracia o accidente sean incapaces de tomar decisiones para su propio bien como en el caso de quienes están severamente dañados o mentalmente perturbados. Es racional para ellas protegerse en contra de sus inclinaciones irracionales..., aceptando ciertas disposiciones destinadas a evitar las consecuencias desafortunadas de su comportamiento imprudente. Para estos casos, las partes adoptan principios que estipulan cuando otros están autorizados para actuar en su nombre o para dejar de lado sus deseos actuales si es necesario...”*⁵²

De otro lado Rousseau se inclina hacia la superación de la desigualdad resultado de una incompetencia básica, indicando que la autoridad paternal toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena⁵³.

Fotion⁵⁴ recoge esta misma idea por medio de la “implicación completa” aplicándola al paternalismo, es decir, quien obra de forma paternalista debe hacerlo guiado por el interés de la persona a quien dirige dicho paternalismo.

Así pues, la justificación de la medida paternalista ha de partir de dos premisas, una empírica consistente en la verificación de que existe una incompetencia básica, y otra ética-normativa, el déficit derivado de dicha incompetencia que debe ser superado en aras de la autonomía e

⁵² Rawls J. (1971) *A Theory of Justice*, Oxford. pags. 248 y ss. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 168.

⁵³ Rousseau, J. J. (1964), *Oeuvres complètes*, 4 vols. París. Citado en Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 168

⁵⁴ Fotion, N. (1979). *Paternalism*. Ethics. vol. 89, núm. 2. Pags.191-198. citado en Alemany García M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante

igualdad (que los partidarios del principio del daño consideran puestas en peligro por el paternalismo jurídico)⁵⁵.

Admitiendo estas premisas, no sería éticamente justificable una intervención cuando alguien con competencia básica quiere dañarse o prefiere arriesgarse a un daño seguro o muy probable por motivos de placer o felicidad.

Si aceptamos estas condiciones como necesarias y suficientes conjuntamente para justificar moralmente el paternalismo jurídico, este se podría interpretar no solo como moralmente admitido, sino también como moralmente ordenado como medio para la reducción de la desigualdad; constituyendo un accesorio indispensable del principio del daño a terceros que puede ser interpretado como una obligación moral positiva.

En otro orden de cosas, centrándonos en el propio concepto de “daño”, este tiene una fuerte carga moral, ya que supone la determinación previa de lo que debe considerarse como valioso o digno de protección.

Todo sistema jurídico constituye una expresión de la moral positiva de quienes adoptan lo que Hart denomina “punto de vista interno”. Aquí surge el problema de la legitimación de un sistema jurídico-político, ya que el conjunto de bienes dignos de ser protegidos varía en función del contexto social e histórico, y, consecuentemente, las medidas paternalistas permitidas u ordenadas.

Si consideramos el punto de vista interno como condición necesaria (pero no suficiente) para que exista un ordenamiento jurídico positivo y que este es expresión de la moral de grupos políticamente importantes, el ordenamiento jurídico cumpliría una función moralizante, y si no refleja necesariamente el consenso moral de la población, al menos trata de generarlo.

En relación con la autonomía y la igualdad de la persona, solo cuando la medida aplicada al incompetente básico promueva o defienda su autonomía e igualdad estaremos ante un paternalismo éticamente correcto o justificable.

Sin embargo, podría cuestionarse la fundamentación racional de la ética o recogerse la sugerencia de Borges de que la ética “es una ilusión de los hombres”, por lo que caben tantos paternalismos éticamente justificables como morales positivas de las distintas personas. La

⁵⁵ Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. Pag. 168

respuesta no puede ser otra distinta de la de Goldman: La prostitución sirve de sostén al matrimonio.

6. PROSTITUCIÓN Y DERECHO

6.1 Introducción

A pesar de la evolución moral socialmente experimentada en los últimos años, y el mayor compromiso con los valores de igualdad y libertad, la prostitución de mujeres sigue en auge, extendiéndose incluso a sociedades formalmente igualitarias, como es el caso de nuestro país.

Si bien cabía la idea de que la prostitución pasaría a ser un fenómeno residual avocado a la desaparición, ello ha sido así únicamente en los países con grandes índices de igualdad para las que han crecido en los mismos, de forma que han suplido su lugar en la prostitución miles de mujeres procedentes de países más vulnerables.

Así las cosas, la imagen acerca de este mercado humano es causa de debate, centrado mayoritariamente en la cuestión filosófico-política del consentimiento. Las posturas están polarizadas: unas son favorables a la legalización de la prostitución, aduciéndose que las mujeres tienen derecho a prostituirse y normalizar la industria del sexo, y otras pretenden su desaparición, considerando que es irracional argumentar la cuestión del consentimiento en una situación claramente desigual de forma económica, ética y de género.

En los últimos tiempos hemos avanzado notoriamente en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres, pudiendo estas cursar estudios y desempeñar trabajos que anteriormente estaban reservados a los hombres, y de forma similar, aumentando la participación de los hombres en las tareas que tradicionalmente han sido cosa de mujeres. Es por ello que en el marco de este cambio debería cuestionarse el motivo por el cual, si bien la desigualdad disminuye, en el campo de la prostitución se acentúa, aumentando la oferta de mujeres y la demanda por parte de los hombres de este “producto”, hecho que refleja una notable desigualdad sexual al no darse un simultáneo aumento de la prostitución masculina, por ejemplo.

Siendo así las cosas, podemos apreciar una clara influencia en el marco de los derechos por parte de la prostitución, especialmente respecto a la libertad, dignidad e igualdad.

6.2 Ética y derechos en la prostitución

Existe una clara vinculación directa entre la prostitución y cuestiones éticas o morales. Partiendo de que ético es aquel comportamiento libre y consciente respetuoso con la naturaleza del ser humano, ¿atentaría contra la dignidad, la igualdad o los derechos fundamentales la prostitución? Y en caso afirmativo, ¿hasta qué punto se debe limitar la libertad de las personas de hacer un uso libre y autónomo de su cuerpo o a usar el de otro con diversos fines, incluyendo entre estos los sexuales por precio?

Podemos pensar o bien que la prostitución es contraria a la ética, o que no lo es. Quienes la consideran no ética aluden que es forzada, no libre, ya que son mujeres que se ven conducidas a ello por sus circunstancias de vulnerabilidad; que no se ejercita la libertad sexual de la mujer prostituida, pues esta tiene que ver con el placer y el deseo; que es desigualitaria desde la perspectiva de la dominación masculina sobre la mujer; y que es contraria a la dignidad humana por las consecuencias tanto físicas como psicológicas que quedan en las mujeres.

De otro lado, quienes la entienden acorde a la ética aluden que sí ejerce la propia libertad la prostituta, al celebrar un contrato de cambio de precio por sexo, independientemente de la dureza de la actividad, hecho que también se da en otras profesiones no especialmente agradables o vocacionales. Esta dureza no determina su contrariedad a la ética, sino simplemente una opción económica diferente.

Todo el análisis y debate sobre la prostitución parte de este posicionamiento, partiendo desde la propia definición del concepto a la denominación de los sujetos que forman parte de esta actividad, no teniendo la misma percepción la palabra cliente que la palabra prostituidor; prostituta o mujer prostituida.

La denominación “prostituta” marca la esencia de la persona por lo que hace, es decir, el estar define al ser, anulando el componente de la persona. El término de “trabajadora sexual” puede ser entendido como una forma de luchar por los derechos de las personas que ejercen la prostitución y evitar el estigma asociado⁵⁶ y, además, implícitamente quiere reconocerla como actividad laboral, a pesar de no estar contemplado en nuestra legislación. Asimismo,

⁵⁶ Campbell R. y O’Neill M. (2006). *Street sex work and local communities: creating discursive spaces for genuine consultation and inclusion*. *Sex Work Now*. Collumpton. Willam. Citado en Meneses C. (enero-marzo 2007) *Riesgo, vulnerabilidad y prostitución. La prostitución, una realidad compleja*. Documentación Social: Revista de estudios sociales y de sociología aplicada, 144. Madrid. Cáritas Española. Pag. 13

conlleva una fuerte carga de elección personal de la actividad, y ello no siempre es de este modo. El concepto de “prostituida” pretende resaltar que esta acción o el agente prostituidor recae en una tercera persona, interpretándose de modo que contaría con un componente de involuntariedad de quien la ejerce, lo cual tampoco es algo generalizado. Farley y Kelly⁵⁷, por ejemplo, proponen el uso de los términos “personas en prostitución” o “personas prostituidas”.

Ello es así por la connotación ética que hay detrás de los propios términos, que claramente no son neutros. De forma que, si el debate puede retrotraerse hasta incluso el propio lenguaje, a la hora de hablar de dignidad, ¿hay un único concepto de esta? O, respecto a la libertad, ¿podríamos hablar de consentimiento libre cuando este viene condicionado por circunstancias de vulnerabilidad? ¿para que exista libertad tiene que haber una mínima igualdad implícita en la misma?

Dejando de lado la terminología, es un hecho hablar de la mayoría femenina en la prostitución, por lo que existe una clara conexión del debate con las cuestiones de género, dividiendo a quienes la entienden como claro ejemplo de desigualdad social estructural entre hombres y mujeres fruto del patriarcado o que es una manifestación de la violencia hacia las mujeres.

También es relevante es la consideración ética que suscita: ¿está una persona éticamente legitimada, en cualquier tiempo y en cualquier circunstancia, para acceder por precio al cuerpo de las mujeres, aunque este acceso se le ofrezca libremente?

6.3 Influencia en los derechos constitucionales

La cuestión principal del debate actual sería si es la prostitución un trabajo más (siempre que sea voluntariamente elegida y ejercida y por tanto merecedora del mismo reconocimiento, regulación y tutela que otras profesiones), o si por el contrario atenta contra bienes jurídicos tanto individuales (la dignidad) como colectivos (el orden público). Esta puede considerarse una expresión de la dignidad que implicaría el libre desarrollo de la personalidad reconocido por el art. 10.1 CE, así como la autonomía personal de estas mujeres teniendo el derecho de decidir lo que hacer con su propia vida (dentro de unos límites legales, por supuesto), o bien

⁵⁷ Farley M. y Kelly V. (2000) *Prostitution: A Critical Review of the Medical and Social Sciences*. Women & Criminal Justice. Pags. 29-64.

como una violación de la dignidad humana en tanto que cosifica a las personas reduciéndolas a meros instrumentos.

Todas las cuestiones anteriores cuentan con una difícil respuesta, debido a la escasez y contrariedad de datos existentes sobre ella como causa del estigma y la clandestinidad de la actividad, por lo que no se pueden formar juicios fiables ni definitivos al respecto que sean irrefutables.

Quienes ejercen la prostitución como profesión, han sufrido diferentes maltratos e indiferencias como resultado de ello, no solo por parte de las personas que la repudian, sino también de las autoridades, quienes se han desvinculado de su responsabilidad ante este sector laboral, por lo cual los Derechos Humanos están en peligro constantemente, (por ejemplo, los derechos a la vida, a la libertad, al trabajo, a la salud, entre otros).

6.3.1 Dignidad

Centrándonos en el marco de la dignidad humana y su posible lesión, procede, en primer término, establecer un concepto de la misma. Para ello acudimos al Título I de la Constitución Española, donde se recoge en el art.10.1 como fundamento del orden político y de la paz social.

Encontramos también un concepto de dignidad en lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia 881/02 de octubre de 2002, en la cual el concepto de dignidad humana puede ser entendido como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; esto es, vivir como se quiera; a su vez, la dignidad humana puede ser entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, lo cual quiere decir gozar de bienestar y/o vivir bien y, finalmente, la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral es decir vivir sin humillaciones⁵⁸.

Sin embargo, podemos acudir a un sentido más filosófico de la mano de Kant, quien entiende que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo cual es incompatible con todo intento de cosificación o instrumentalización de la misma. De modo que la persona no puede ser tratada como una herramienta para fines ajenos. Así, Kant une la idea de la autonomía de la voluntad (entendiendo por tal la facultad de determinarse y actuar por sí mismo) a la de la dignidad humana (entendiéndola como fundamento de esta última).

⁵⁸Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia 881/02, de 17 de octubre de 2002.

Desde la óptica de Kant podríamos posicionarnos de dos posibles maneras en relación con la prostitución llevada a cabo de forma libre, voluntaria, con plena capacidad y por un mayor de edad. Por un lado, permitiría indicar su inadecuación por constituir un claro ejemplo de cosificación de una persona para satisfacer fines ajenos. Por otro lado, si la dignidad consiste en la facultad de determinarse por sí mismo, podría englobar el derecho a elegir libremente ejercer o no la prostitución.

Cualquier sistema político que siga la idea de la dignidad humana (como es el caso de los europeos al seguir el art. 1 de la Carta de Derechos de Niza⁵⁹, que determina que “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.”), ha de partir del hecho de que el hombre, al margen de su estatus social o posición económica, es titular de unos derechos que deben ser reconocidos, respetados y garantizados. Sin embargo, de esta idea general no deducimos un concepto jurídico preciso de dignidad. Para elaborar un concepto jurídico existen diversas dificultades: la dignidad es una idea que ha de compaginarse con el pluralismo de las sociedades democráticas actuales y su diversidad de valores; cuenta con una gran ambigüedad en su uso jurídico, pudiendo tener una fuerza emancipatoria o para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos; es un concepto en permanente proceso de desarrollo, por lo que no es estático en el tiempo.

Asimismo, la dignidad es inherente a todo ser humano, de forma que es inalienable e irrenunciable. Ello es relevante porque, si se concluyera que el ejercicio de la prostitución atenta contra la dignidad humana, no podría permitirse o reconocerse por el Derecho aun mediando el consentimiento de quienes desempeñan esta actividad.

Ingo Sarlet⁶⁰ observa dos elementos en el concepto, uno fijo, consistente en la dignidad como límite a los poderes públicos que estos deben proteger, y otro variable, la dignidad como deber de los poderes públicos de promoverla y procurando su efectividad. Trasladando esto al debate actual en torno a la prostitución, para algunas personas la prostitución constituye

⁵⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre del año 2000 en Niza. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 364/1, de 18 de diciembre del año 2000: recoge todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos.

⁶⁰Sarlet I. (2002) *Dignidade da Pessoa Humana e directos Fundamentais na Constituição Federal de 1.988*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. Pag 47. Citado en Rey Martínez F. (2006). *La prostitución ante el Derecho: Problemas y perspectivas. Nuevas políticas públicas*. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. pag. 106

un límite a la dignidad humana que los poderes públicos no deben permitir o validar jurídicamente, mientras que para otras el reconocimiento jurídico de la prostitución es necesario para promover una dignidad real y efectiva de quienes la ejercen. Pero tampoco por esta vía existen argumentos que otorguen un mayor peso a una opinión u otra.

Otro aspecto a analizar del concepto jurídico de dignidad es que es comunitaria; no afecta solo al individuo aislado, sino también a la sociedad en su conjunto, ya que todas las personas han de ser iguales en dignidad y derechos. Consecuencia de ello es la creencia de que el problema de la regulación jurídica de esta actividad no solo afecta a quienes la ejercen y consumen, a quienes se aprovechan económicamente de ella y a los vecinos de donde se practica, sino al conjunto de la sociedad. No obstante, la protección de la dignidad opera también entre particulares y no solo frente al Estado.

Los derechos fundamentales son manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, siendo esta la que, en gran medida, aporta concordancia al sistema de los derechos cumpliendo dos funciones: hermenéutica, debiendo interpretarse de acuerdo a la misma los derechos recogidos en la Constitución; e integradora, para descubrir distintas dimensiones de derechos ya reconocidos o reconocer potenciales derechos.

Los partidarios de considerar la prostitución como un trabajo pretenden que de la idea de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad se derive el derecho a ejercerla, aunque también serían invocables otros derechos fundamentales como el derecho a no sufrir discriminación sexual o por cualquier condición personal o social del art. 14 CE; la libre elección de profesión y oficio del art. 35.1 CE; la libertad de empresa del art. 38 CE; o el derecho a la intimidad del art. 18 CE, entre otros. Pero no se puede concluir de forma absoluta que engloben en su ámbito de protección el ejercicio de esta actividad.

Existe otra posición que considera la prostitución como algo esencialmente denigrante e indigno para los seres humanos. En este caso el Estado no debe desregularizarla, sino prohibirla bajo la amenaza penal. Este sería el caso de un Estado perfeccionista cuyo fin es que los ciudadanos desarrollen tan solo vidas deseables o virtuosas, conllevando ello una restricción excesiva de la libertad individual.

En esta línea, el modelo abolicionista niega la posibilidad de que exista una verdadera prostitución libre o voluntaria, ya que su ejercicio siempre es fruto del sometimiento y de la dominación del hombre, de manera que es vista como una forma de imposición de la sexualidad masculina a la mujer, lo que podría simbolizar violencia machista e incluso una

forma de esclavitud sexual para algunos. De manera que los partidarios de este modelo no dan valor a la elección voluntaria de su ejercicio puesto que permitir la comercialización del sexo supone desconocer que la prostitución en sí misma constituye una agresión contra la mujer e influir en el papel de la prostitución en la subordinación general de las mujeres en la sociedad. Consecuencia del mismo es que no existe derecho a prostituirse y que el consentimiento de las mujeres a disponer de su sexualidad no es válido por no concurrir una verdadera libertad y por afectar tanto a su propia dignidad, que es un derecho fundamental indisponible cuya autonegación no es reconocible por el derecho. De manera que la dignidad de las prostitutas pasa de ser concebida como valor individual a una construcción colectiva.

6.3.2 No discriminación

En el marco de la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, la problemática radica en que la prostitución no es un fenómeno exclusivamente femenino, aunque predomine; por lo que no se puede tratar, por ejemplo, desde la óptica de la discriminación por razón de género o sexo.

De otro lado, si bien es cierto que recae un fuerte estigma sobre las personas que ejercen la prostitución y que requieren una protección especial, ello no implica necesariamente que se reconozca jurídicamente a la prostitución como una manifestación del derecho a no ser discriminado.

6.3.3 El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tampoco sería aplicable, ya que aunque esta actividad se desempeñe en privado entre particulares, es una actividad profesional, no considerándose íntimo todo aquello que forme parte de la vida privada.

6.3.4 Libre elección de oficio

Respecto a la libre elección de oficio del art. 35.1 CE, según alude el Tribunal Constitucional en la STC 83/1984⁶¹: “no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente cualquier profesión u oficio”; señalando en la misma sentencia que tampoco en el art. 38 CE se estaría reconociendo el derecho a acometer cualquier empresa, sino tan sólo el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad profesional, ya que la libertad de

⁶¹ Sentencia 83/1984 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 1984. (ECLI:ES:TC:1984:83)

empresa no supone un acceso completamente libre a cualquier actividad económica, sino el derecho a iniciarla cuando el legislador la permite o no esté expresamente prohibida.

Por tanto, la vía de inclusión de la prostitución en el marco protector de los derechos fundamentales no aporta tampoco la solución al problema de la dignidad humana en el ámbito prostitucional.

6.4 Informe sobre la situación de la prostitución en nuestro país de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes

Llegados a este punto debemos plantearnos una cuestión: ¿si una actividad se considera dañina para la dignidad humana, hasta qué punto se puede ejercer? O, ¿hasta qué punto cabe su negación a otra persona?

Escribe Françoise Héritier que: “Decir que las mujeres tienen el derecho de venderse es enmascarar que los varones tienen el derecho de comprarlas. Al pagar, el varón queda liberado de toda obligación o culpabilidad y la mujer queda avasallada”⁶².

El Derecho sirve, entre otras cosas, para ampliar la libertad de las mujeres en contextos de prostitución al reconocer expresamente los derechos de las personas que la ejercen en lugar de negarlos. Es decir, se plantea un uso proactivo del Derecho a través del uso de instrumentos jurídicos del marco penal para defender a las personas involucradas en esta actividad. Ello es así porque sólo cuando otros ámbitos del ordenamiento jurídico se involucren en esto los derechos de estas personas quedarán garantizados.

En relación con los muchos factores influyentes en este marco prostitucional (como el incremento de personas dedicadas a esta actividad, la conexión con la emigración ilegal y la trata o reivindicaciones de igualdad de género, entre otras) encontramos el Informe sobre la situación de la prostitución en nuestro país publicado en mayo del 2007 por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes⁶³.

Dicho informe pone de relieve aspectos como: un gran volumen económico de negocio con fuertes gastos en publicidad; la estimación de aproximadamente cuatrocientas mil personas dedicadas a la prostitución, de las cuales la mayoría son mujeres con indicios de problemas

⁶² Chejter S. (2016) *La prostitución: debates políticos y éticos*. Revista Nueva Sociedad nº 265.

⁶³ Acuerdo de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades por el que se aprueba el Informe de la Ponencia sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 379, de 24 de mayo de 2007.

económicos o en situaciones degradantes (como privaciones de libertad y dependencia de las organizaciones que las explotan, vulnerando ello derechos humanos); la estimación de que el 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución, siendo en su mayoría varones; o el alto porcentaje de extranjeras, conectando esta actividad con la emigración ilegal, el tráfico y la trata (y consecuentemente apareciendo una elevada cantidad de mafias).

Tiene también una inclinación abolicionista que se deja ver tanto en sus análisis como en sus propuestas al indicar, entre otros, los siguientes hechos: la regulación incrementa la prostitución y la trata; considerar la prostitución un trabajo colisiona con nuestra normativa de derechos laborales; a efectos de intervención del Estado no es relevante la distinción entre prostitución libre o voluntaria y forzada, y que además esta deja de lado que el ejercicio de la misma atenta contra la dignidad de quienes la ejercen; la prostitución no es un verdadero ejercicio de la libertad sexual, porque la sexualidad requiere que se den las condiciones de igualdad y voluntariedad, y en esta situación no cabría una relación comercial que constituye en sí misma una situación abusiva de poder.

Asimismo, propone ciertas medidas con el fin de erradicar la explotación sexual y la trata de personas, establecer una protección social eficiente y buscar la reinserción laboral; dentro de las cuales, a título de ejemplo, se encuentra la ampliación del ámbito de ilicitud penal, que partiendo de la penalización absoluta del proxenetismo propone “la recuperación de otras figuras desaparecidas como la tercería locativa”.

6.5 Otras formas de protección de los derechos fundamentales

Los Derechos Humanos son instrumentos sociales procedentes de la evolución cultural, y son atributos inherentes a las personas, absolutos y propios, efectivos desde que la persona nace hasta que muere. Sin embargo, la normatividad en algunos casos se desvía del verdadero objetivo, que es la aplicación y el respeto que se le debe asignar a los Derechos Humanos, por lo que algunos sectores se encuentran totalmente vulnerables⁶⁴.

No basta pues con preservar el derecho a la salud, ni la existencia de políticas o leyes que aborden la prostitución como profesión, ya que el contexto social y la cultura suponen una autoridad o influencia superior ante la aplicación y mantenimiento de las mismas, por lo que ante la prostitución la sociedad incide en el desborde de la normativa y determinan

⁶⁴ Leiva Ramírez E., Aristizábal Pulgarín J. C., Martínez Acosta J. A y Muñoz González A.L. (2011). *Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia*. Nova et Vetera. Vol. 20 (Nº 64). pag. 39

situaciones de exclusión, inequidad, discriminación, violencia e incluso abandono de las personas.⁶⁵

Así las cosas, puesto que no basta el mero reconocimiento de unos derechos amparados legalmente para garantizarlos de forma efectiva, para lograr una verdadera protección de los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución, el movimiento pro-derechos exige, entre otras cosas: a) el reconocimiento de las ganancias obtenidas en el ejercicio la prostitución para el acceso los derechos de ciudadanía; b) el derecho a condiciones justas y favorables de trabajo; c) el derecho a la salud y al cuidado del cuerpo como derechos inherentes a su trabajo; d) el derecho a la seguridad social, a percibir prestaciones sociales por incapacidad y desempleo; e) el derecho a que los gastos en salud y en productos para el cuidado sean deducibles de sus declaraciones de impuestos; f) la abolición de legislaciones prohibitivas de la prostitución, tanto a través de normas penales como administrativas (En los últimos años, algunos ayuntamientos han prohibido la prostitución callejera creando ordenanzas sancionadoras de la oferta y la demanda de servicios sexuales en la vía pública. Las vulneraciones de derechos que han supuesto estas disposiciones han sido debatidas por el movimiento de derechos, destacando Barcelona, que fue la primera ciudad que impuso esta modalidad de lucha contra la prostitución callejera); g) la condena de la violencia ejercida contra toda persona que practique la prostitución; h) luchar contra la trata de personas, la inmigración, la prostitución forzadas y la exclusión social; i) asegurar el reingreso digno en sus países de origen de las trabajadoras sexuales repatriadas, financiándolo si fuera posible; j) erradicar la violencia institucional ejercida contra las prostitutas; k) procurar soporte económico, grupos de autoayuda y organizaciones no gubernamentales que trabajen con ellas sus efectos en el mundo de la prostitución.

⁶⁵ *Íbidem*. Pag. 41

7. CONCLUSIÓN

Dentro de la complejidad del asunto de la prostitución, hemos diferenciado diferentes esferas de conflicto, potenciadas por la invisibilidad de este oficio en el que sus titulares son una minoría aislada o marginada sobre la que recae un fuerte estigma social.

Además, quienes la ejercen, en parte son consideradas como víctimas — de acuerdo con el abolicionismo —, en parte como trabajadoras o profesionales — según el reglamentarismo —, y en otros casos como partícipes de conductas delictivas — según el prohibicionismo —

En vistas a todo lo anterior, cabe deducir que no es razonable concebir un único modelo de tratamiento jurídico de la prostitución que tenga un alcance o validez universal, ya que influyen muy diversos factores determinantes. Es por ello que cada ordenamiento jurídico debe contar con un derecho prostitucional propio y coherente con sus destinatarios; de modo que ha de integrar armoniosamente tanto la reglamentación de ciertos aspectos (en materias, por ejemplo de índole sanitaria); como la prohibición (en supuestos tales como la minoría de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección); e incluso la normalización en el ámbito jurídico-laboral (en casos limitados como es la prostitución voluntaria o autónoma).

Siendo ello así, a la hora de abordar jurídicamente la prostitución, se deberían acomodar elementos procedentes de los distintos modelos existentes; pero ello teniendo como punto de referencia ineludible la dignidad y los derechos fundamentales de quienes la ejercen, caracterizando a las prostitutas como sujeto de derechos.

Pero no bastando con una elaboración jurídica — tomando como referencia los modelos antes explicados —, se deberían adoptar también una serie de políticas sociales en materias como la reducción de posibles daños, la búsqueda y oferta de alternativas y políticas de prevención o para lograr su mayor participación social (como puede ser el fomento de los medios para hacerse oír tanto en la sociedad como ante las administraciones públicas).

En nuestro país la regulación de la prostitución es un derecho prácticamente inexistente y fragmentario, ya que, si bien hay una ausencia de regulación nacional, coexisten distintas normas de carácter local y autonómico dictadas al margen de su principal destinatario, por cuanto no se oye a sus verdaderas protagonistas.

Sin embargo, aun siendo conocedores del estado actual regulatorio de esta actividad, queda clara también la complejidad de llegar a un acuerdo, pues lo que se reduce al mero hecho de

determinar qué es conveniente para las personas, en la práctica supone un conflicto tradicional en la filosofía del derecho: la imposición legal de la moral y sus límites.

Si ya de por sí resulta conflictivo delimitar hasta qué punto el Estado debe quedar legitimado para interferir en las vidas de sus ciudadanos, la cuestión se dificulta aún más al recaer sobre un tema “tabú” como es la prostitución, donde tanto su ejercicio como la adquisición del servicio se hacen habitualmente en la clandestinidad.

El paternalismo estatal, a la hora de ser aplicado en la cuestión de la prostitución, se confunde con la moral, interfiriendo en la esfera privada de la autonomía o libertad de elección conforme a la moral individual, confusión que aviva el debate sobre la legitimidad de la intervención estatal en la materia y alejando el propósito regulatorio a que se aspira.

La dificultad de aunar posturas y traducirlas en normas por parte del legislador, hace que nos encontremos ante una verdadera laguna legal en el tema de la prostitución, con la falta de seguridad jurídica que ello supone, tanto para la sociedad como especialmente para las personas implicadas.

Ese vacío no puede durar mucho más tiempo, siendo precisa una regulación, que sea resultado de una opción clara: bien inclinarnos hacia el modelo abolicionista, con una normativa dirigida a su prohibición y penalización, o bien, optar por permitir el libre ejercicio de la prostitución, garantizando siempre que la misma se lleve a cabo en términos de libre y voluntario acuerdo entre las partes y creando instituciones que faciliten la consecución de los planes de vida elegidos por los individuos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Alemaný García M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante.

Beltrán E. (2011) *En los márgenes del Derecho antidiscriminatorio: Prostitución y derechos de las mujeres*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45.

Chejter S. (2016) *La prostitución: debates políticos y éticos*. Revista Nueva Sociedad, 265

De Lora P. (2007). *¿Hacernos los suecos?. La prostitución y los límites del Estado*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doxa, 30. Pags. 451-470.

Elaine Shuanyek Mogollón Moreno, F. R. (2016). *El estigma de la prostitución y los derechos humanos*. Revista Venezolana de Estudios de la mujer, 21 (47). Pags. 102-113.

Gamero Casado E. (2007) *La prostitución: aspectos jurídico-administrativos. Prostitución, derecho y sociedad*. Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico. 17, 2015, Valencia: Tirant lo Blach. pags. 40-55

Garzón Valdés E. (1998) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. Doxa, 05. pags 155-173

Heim, D. (2011). *Prostitución y derechos humanos*. Dialnet.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731782>

Kerman Calvo y Alberto Penadés (2007) *Actitudes hacia la regularización de la prostitución en España: una aproximación a partir de datos de encuesta*. *Prostitución, derecho y sociedad*. Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico. 17, 2015, Valencia: Tirant lo Blach. pags. 78-99

Lorenzo Rodríguez Armas, M. (dic. 2008). *Constitución española, estado social y derechos de las mujeres que ejercen la prostitución*. Feminismo/s, 12. pags. 253-270

Malem Seña J. F. (2005). *De la Imposición de la Moral por el Derecho. La Disputa Devlin-Hart*. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Meneses, C. (2007). *La prostitución, una realidad compleja*. Cáritas Española.

Mestre i Mestre R., y López Precioso M. *Trabajo sexual. Reconocer derechos* (Valencia, La Burbuja, 2006)

Oliva Blázquez F. (2007) *Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea. Prostitución, derecho y sociedad*. Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico. 17, 2015, Valencia: Tirant lo Blach. pags. 18-39

Osborne R. (2004) *Trabajador@s del sexo : derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona. Bellaterra.

Rey Martínez F., Serrano Argüello N. y Mata Martín R. (2004). *Prostitución y Derecho*. Thomson Reuters Aranzadi

Rey Martínez F. (2006). *La prostitución ante el Derecho: Problemas y perspectivas. Nuevas políticas públicas*. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas

Sandel, M. J. (2008) *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*. Barcelona. Debate.

Solana, J. L. y Acien E. (2008) *Los retos de la prostitución, estigmatización, derechos y respeto*. Albolote (Granada). Comares.

9. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia 881/02, de 17 de octubre de 2002

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de octubre de 1981 (7525/76)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2001 (C-268/99)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 8 de abril de 2008 (152/2008)

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 1984 (83/1984)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 abril 2009 (425/2009)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 4 de diciembre de 2003 (2003/3638)