

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, ESTADO SOCIAL Y DERECHOS DE LAS MUJERES QUE EJERCEN LA PROSTITUCIÓN

MAGDALENA LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 21-9-2008.

Fecha de aceptación: 30-9-2008.

I. Introducción¹

El objeto principal del presente escrito ha sido realizar un análisis sobre la problemática que gira en torno a la regulación de la prostitución y, de manera secundaria, reflexionar acerca de si la regulación de la misma puede favorecer, o no, la protección de las personas que ejercen la prostitución frente a la infección por VIH/SIDA.

El ámbito de estudio principal ha sido el español, para conocer en qué situación nos encontramos actualmente en nuestro país. Para llevar a cabo este trabajo, se han analizado los distintos modelos que desde el siglo diecinueve han ofrecido un marco de regulación, más o menos complejo, de la prostitución en España. Nota característica de todos estos modelos es que la regulación que se ha realizado en ningún caso ha castigado, a excepción de

1. El informe que se presenta a continuación es el resultado del estudio e investigación realizados en el marco de una experiencia de clínica jurídica llevada a cabo en la asignatura de Derecho Constitucional, con alumnos de primer curso de la licenciatura en Derecho, dentro del programa «Clínica legal para personas con VIH/SIDA» ejecutado por la Coordinadora Estatal de VIH/SIDA (CESIDA) y el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» bajo la dirección del profesor de Filosofía del Derecho Diego Blázquez Martínez, de la Universidad Carlos III de Madrid.

la denominada «Ley de peligrosidad» de 1970², el ejercicio de la prostitución por cuenta propia.

Pero si la constatación del dato anterior es cierta, no menos cierto es que, hasta la fecha, no se conoce en nuestro país una regulación de la prostitución que parta de una previa regulación de los derechos de contenido sexual de la mujer, que permita construir un marco jurídico de regulación específico sobre este ámbito y que, por lo tanto, la regulación histórica que recibe esta actividad jamás ha tenido en cuenta ni la voz de sus protagonistas, ni la consideración de éstas como *nuevos sujetos de derechos fundamentales* ³.

Realizadas estas aclaraciones iniciales, el enfoque que hemos querido dar a este estudio parte de la consideración de las mujeres que ejercen la prostitución como tales sujetos de derechos fundamentales y, por lo tanto, sujetos a los que el Estado social deberá garantizar aquellos derechos, entre los que, sin duda, deberán recogerse todos aquellos que contribuyan a dotar de plenitud, de contenido jurídico reconocible, su dignidad como personas y, al mismo tiempo, posibiliten el desarrollo pleno de su personalidad. Entre tales derechos entendemos que es hora de que el Estado social regule *en positivo* los derechos sexuales; lo que se quiere decir con esto es que los derechos de las mujeres en relación a su sexualidad y capacidad reproductiva merecen un reconocimiento legal específico en positivo, y no una exclusiva regulación de conductas tipificadas por la legislación penal en relación a la libertad sexual como la que se realiza en el vigente Código Penal, dentro de su Título VIII.

2. El Estado social y los derechos de los «colectivos débiles»

2.1. *El Estado como Estado social*

El Estado español se caracteriza como «social y democrático de Derecho», fórmula de cuño constitucional que abre la regulación de la Constitución española de 1978 (en adelante CE): Art. 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho (...)». El enfoque desde el que abordamos el presente trabajo pone el acento en el *carácter social* del Estado. Por Estado social se entiende, desde la perspectiva del Derecho constitucional, aquél que, además del reconocimiento de los derechos en su texto constitucional, garantiza su cumplimiento a través de mecanismos normativos y

2. Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.

3. En paralelo con nuestra experiencia, la profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, Ruth Mestre i Mestre, ha realizado un curso de doctorado bajo el título «Nuevos sujetos de derechos» enmarcado también en esta experiencia de clínica jurídica en la Universidad y es autora de numerosos estudios sobre esta materia.

jurisdiccionales, con el *impulso de políticas públicas* encaminadas a la consecución de los «valores superiores del ordenamiento jurídico» y en particular, en esta materia, del valor (y, a la vez, derecho fundamental y principio de actuación de los poderes públicos) de la Igualdad.

En segundo lugar y, como consecuencia de lo anterior, es preciso enunciar como complemento fundamental de la caracterización del Estado como social, el principio recogido en el art. 9.2 del texto constitucional de 1978, en virtud del cual, el reconocimiento de los derechos básicos de sus ciudadanos, pilar fundamental del ordenamiento constitucional, sobrepasa el *reconocimiento formal* realizado en el Título I de la Constitución (arts. 10 a 55 CE) y se completa con el principio de actuación de los poderes públicos en pro de la *consecución material* de aquellos derechos (art. 9.2 CE). No interesa en este momento la discusión doctrinal surgida en torno a la distinción entre Igualdad de *Iure* e Igualdad de *facto*⁴ y las consecuencias que se derivan respecto de deducir de ellas derechos sustantivos, pero sí nos interesa que, junto al reconocimiento y garantía de los Derechos Fundamentales operado en el Título I de la Constitución, ésta establece en su art. 9.2 que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

En tercer lugar, si atendemos al concepto de Estado social enunciado líneas atrás, se aprecia una vinculación directa con la idea de la Igualdad. La Constitución española regula la igualdad desde una triple perspectiva:

1. La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico:

-art. 1.1: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

2. La igualdad como derecho fundamental:

-art. 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

3. La igualdad como principio de actuación de los poderes públicos (art. 9.2 antes citado).

4. En el debate sobre si podemos distinguir un derecho a la igualdad formal (de *Iure* según ALEXY) de otro a la Igualdad material (de *facto* o de hecho según el mismo autor) entendemos que la igualdad material de nuestro art. 9.2 CE es un complemento idóneo, necesario, flexible, de la igualdad formal del art. 14 CE; desde éste punto de vista nos parece que es la pieza clave, en el Estado social actual, para lograr plenamente la igualdad.

Una manifestación reciente del *impulso de políticas públicas* encaminadas a la consecución de la Igualdad, en este caso de mujeres y hombres, que ha ensanchado el marco regulador y protector del actual Estado social en nuestro país, es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH). En su exposición de motivos destaca «la necesidad de la acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real de mujeres y hombres». Con esta regulación la LOIMH desarrolla el precepto constitucional de la igualdad como derecho fundamental, complementándolo con la plasmación en un texto normativo con rango de ley orgánica de una serie de derechos que, si bien la necesidad de su regulación trae causa de la desigualdad existente entre mujeres y hombres respecto de todos los ámbitos de la vida (social, laboral, político, económico y cultural), va a beneficiar a ambos sexos en el ejercicio y disfrute de los mismos. Es importante hacer referencia a una ley de estas características, porque incide en el catálogo de derechos de las mujeres en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral, la igualdad en el ámbito laboral, paridad, etc.

2.2. Estado social y derechos de los «colectivos débiles»:

en especial, los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución

Hoy día nuestros sistemas jurídicos pueden hacer gala de haber superado fases ya históricas de reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en sus textos constitucionales. También la introducción de garantías normativas y jurisdiccionales ha contribuido a dar un salto de gigante en la historia de ese reconocimiento, y ello es, sin duda, *conditio sine qua non* para la modernización de los textos constitucionales vigentes. Sin embargo, si bien el Estado ha alcanzado un grado óptimo de formalización de ese reconocimiento y sus garantías, le quedan aún pasos importantes que dar respecto a la garantía de los derechos de determinados sectores sociales menos favorecidos, a los que se ha dado en llamar, colectivos débiles⁵. Así, si el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de los derechos respecto de

5. Sobre «las potencialidades de los derechos como vehículos de paz, igualdad y protección de los más débiles...», véase FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 10 y ss y 315 y ss. En esta línea confróntese DE CABO, A. y PISARELLO, G.: «Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales», prólogo a la obra anteriormente citada, pp. 16 y ss., donde afirman que «los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles».

sus ciudadanos, esta responsabilidad se acusa aún más respecto de aquellos que, por diferentes circunstancias, se encuentran en situación de desventaja social, como es el caso de determinados colectivos como son la infancia, la tercera edad, los discapacitados, los enfermos, los homosexuales, etc. Dentro de estos grupos, parte de la doctrina constitucionalista ha catalogado al grupo formado por las mujeres, considerándolo un colectivo de los «más débiles». Desde nuestro punto de vista, las mujeres no pueden ser consideradas un colectivo, si por tal entendemos la definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: «Pertenciente o relativo a una agrupación de individuos». No parece correcto, al menos no desde una perspectiva demográfica, equiparar a las mujeres con un grupo minoritario de características similares, como puede darse en los supuestos recogidos anteriormente. Las mujeres conforman la mitad de la raza humana, por lo que denominarle colectivo en el sentido de minoría, no es ajustado. Lo que sí es evidente es que en determinados grupos, las situaciones de discriminación que puedan producirse, se ven agravadas cuando se dan respecto de esa mitad de la raza humana que conforman las mujeres.

Volviendo al argumento anterior, aquellos ciudadanos conforman sectores de la sociedad que, históricamente y por distintos motivos, han padecido un tratamiento social y jurídico discriminatorio, y por lo tanto, la responsabilidad del Estado por corregir ese desequilibrio de base que sufren estos colectivos y garantizar al mismo nivel que el resto de ciudadanos sus derechos y libertades, debe ser mayor⁶. En el apartado siguiente trataremos la discriminación sexual de la mujer de manera más específica. A continuación nos preguntamos cuáles son los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución comprometidos en este estudio, y su relación con el carácter social del Estado. Pensamos que en el cuadro de derechos habría que reunir al menos los siguientes⁷:

6. En esta línea véase el sugerente trabajo de R. MESTRE I MESTRE, y M. LÓPEZ PRECIOSO, *Trabajo sexual. Reconocer derechos* (Valencia, La Burbuja, 2006), donde sostienen que «sólo desde la perspectiva del Estado social de Derecho podemos identificar una falta de previsión legislativa, una carencia de sensibilidad normativa en orden a acometer y cercenar los múltiples problemas que desde ámbitos tan diferentes como la marginación, las relaciones de vecindad y urbanidad, la sanidad o la economía sumergida, plantea la realidad social de la Prostitución», p. 33.

7. Sobre la constitucionalización de los derechos de las mujeres, es interesante recordar que no se trata de llevar a la norma suprema medidas de acción positiva, que buscan la igualdad de oportunidades (Igualdad de salida) sino reconocer auténticos derechos de género (igualdad de llegada) que posibiliten alcanzar una sociedad igualitaria; véase al respecto DURÁN FEBRER, M.: «La constitucionalización de los derechos de género», ponencia impartida en el Congreso Internacional «Género, Constitución y Estatutos

Primer bloque

- **Derecho a la igualdad** (art. 14 CE) y principio de no discriminación por razón de sexo.
- **Derecho a la libertad** (art. 17 CE): entre los que cabe regular,
 - Derechos a la libertad sexual (libertad de decidir sobre su sexualidad y reproducción).

Cabe hablar, respecto de la mujer, de un contenido propio de su derecho a la libertad en el que habría que incluir los **derechos sexuales**. Por derechos sexuales entendemos todos aquellos relativos a la sexualidad de la mujer, su capacidad engendradora y reproductora y su libertad sexual, esto es, la libertad para mantener relaciones sexuales dentro y fuera de relación afectiva más o menos duradera. Para lograr una posición social de la mujer completamente equilibrada en derechos a la del hombre y que repercuta en todas las facetas de la vida, el Estado deberá reconocer esos derechos sin subsumir dicho reconocimiento en normas jurídicas aparentemente neutras. Sólo desde el reconocimiento de la igualdad y libertad sexual de las mujeres y dejando ahora a un lado las consideraciones de orden económico relativas a la prostitución (por lo que a empoderamiento de las mujeres prostitutas se refiere⁸) cabe entender la posición que sostenemos respecto al ejercicio de la prostitución.

Por lo demás, estos derechos sexuales deberán ser desarrollados en textos legales que contemplen un régimen de garantías (normativas y jurisdiccionales) para su ejercicio, que beneficien a todas las mujeres.

Segundo bloque

- **Derechos laborales y sociales.**
 - Derecho al trabajo (art. 35) (y los demás del art. 35).
 - Derechos asistenciales y prestaciones sociales (art. 41 CE).
 - Derecho a la salud (art. 43 CE).

El ejercicio libre e igual de estos derechos y libertades respecto de cualquier ser humano, y en el caso que nos ocupa, respecto de las mujeres que ejercen la prostitución, darán plenitud al dictado del art. 10. 1 CE, donde se determina, como núcleo axiológico, raíz valorativa que fundamenta el *orden político y la paz social* de todo el ordenamiento jurídico español, entre otros, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad y en ningún caso, cuando se habla de la

de Autonomía», Madrid 4 y 5 de abril de 2005; puede consultarse en: http://www.inap.map.es/ES/Investigacion/Congresos/Congreso_Internacional/Ponencias/Ponencias.htm

8. Véase MESTRE I MESTRE, R. y LÓPEZ PRECIOSO, M.: *op. cit.*, p. 65; también en la línea del reconocimiento de la prostitución como actividad profesional véase GAY, S. y OTAZO, E.: «¿Prostitución = Profesión? Una regulación a debate», *Aequalitas*, 13 (2003), p. 13 y ss.

prostitución ejercida de forma libre por persona adulta, cabrá hablar ante el reconocimiento de estos derechos de atentado contra su *dignidad como persona*⁹. Dicho de otra forma, el reconocimiento de los derechos de las mujeres que pertenecen a la minoría de las que ejercen la prostitución, incluidos los derechos sexuales, contribuyen a dotar a la dignidad humana (a la dignidad como personas de esas mujeres) de un contenido jurídico reconocible que en absoluto permite hablar de atentado contra esa dignidad¹⁰.

Por otro lado, el reconocimiento específico de derechos sexuales a las mujeres, acompañado de políticas sociales concretas de sensibilización en el ámbito educativo y en el sanitario, encaminadas a la garantía en el ejercicio de los mismos del derecho a la salud de las mujeres (entre otros), contribuirá también a que aquéllas que deciden, en un momento determinado de su existencia, dar un uso económico a su sexualidad, lleven al extremo la precaución ante la posible contracción de enfermedades infecto-contagiosas como el VIH/SIDA. Sin poder entrar a analizar los aspectos sanitarios que una regulación de la específica actividad de la prostitución podría comprender, entendemos que la regulación de la prostitución beneficiaría a la mujer prostituta con medidas sanitarias adaptadas a su actividad laboral, como controles sanitarios específicos con cobertura social, derecho a prestaciones sociales equiparables a las de otros sectores laborales, etc.

2.3. Estado social, prostitución y estudios de género

2.3.1. Prostitución y estudios de género

En este estudio abordamos los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución, por lo que, si a la *condición de mujeres*, discriminadas social, política, económica y jurídicamente a lo largo de la historia de la humanidad, sumamos la de *mujeres que ejercen la prostitución*, nos encontramos todavía con una mayor dificultad para garantizar sus derechos. En este sentido la LOIMH señala que el Estado deberá tener una «especial consideración con los supuestos de doble discriminación, y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son todas las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad»,

9. En sentido contrario se pregunta F. REY MARTÍNEZ (*Prostitución y Derecho*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 61 y ss.): «¿El ejercicio de la prostitución es expresión de la dignidad humana que, en su vertiente dinámica, conlleva el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)... o es más bien, una violación de la dignidad humana, en la medida en que rebaja a una persona a la condición de objeto, de instrumento, a la que se trata como una cosa?».

10. En sentido contrario pero dubitativo se manifiesta REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 64.

sin hacer mención alguna a las mujeres que ejercen la prostitución sobre las que recae no ya una doble sino, en muchos supuestos, incluso una triple discriminación¹¹.

En consecuencia con lo anterior, entendemos que al tratar de los derechos de las mujeres que se prostituyen, debemos analizar el asunto desde la perspectiva de los estudios de género, de manera que se aborde la problemática existente en torno a su discutida regulación desde la óptica de la Igualdad material del art. 9.2 CE, complemento necesario de la igualdad formal del art. 14 CE como sostuvimos líneas atrás. En este sentido, parece necesario introducir en el debate sobre la regulación de los derechos de quienes ejercen la prostitución todas las categorías propias del Derecho antidiscriminatorio (transversalidad, carácter integral de las medidas y principio de acción proactiva de los poderes públicos) para continuar avanzando en la investigación de género (social, jurídica, económica, cultural) integrando, también, estudios acerca de la actividad de las mujeres que, de forma libre y voluntaria, optan por el ejercicio de la prostitución. Y antes de abordar el análisis de los mismos, es conveniente hacer una reflexión al menos sobre dos de los siguientes asuntos:

1. El lenguaje que se emplea al hablar de la prostitución y quienes la ejercen
2. Reflexionar sobre la estigmatización que recae sobre la prostitución
3. Reconstrucción del rol de la mujer en la sociedad
4. Reconstrucción del rol del hombre en la sociedad

Es importante realizar a continuación un breve análisis de los dos primeros elementos enunciados. Hay que recordar que el lenguaje es un vehículo transmisor de ideas, de valores, de forma de entender el mundo y la vida (esa comprensión vital-total a la que los alemanes denominan *die Weltansschauung* o «concepción del mundo y de la vida») que se manifiesta respecto de la prostitución como un elemento determinante en lo que a su consideración social se refiere (plano social) y, determinante también, en el lenguaje jurídico, es decir, en el tratamiento normativo que recibe la prostitución (plano jurídico). Para empezar a discutir acerca de los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución, es necesario cuestionar los términos con que tradicionalmente se ha denominado, debido a la enorme carga estigmatizante que comportan. Baste mencionar y reflexionar sobre alguna de las denominaciones que recibe hoy día la mujer que ejerce la prostitución: puta, ramera, mujer pública, mujer de la calle, etc. En este sentido, se afirma que es más correcto hablar de

11. La que viene aparejada por su condición de mujer, prostituta y, en muchos casos, pobre.

mujeres que ejercen la prostitución (por cuanto no consolida a una persona en el ejercicio de una actividad) que de *prostitutas*¹², que parece que consolida, posiciona a la mujer en esa actividad de por vida¹³.

En el plano social, el estigma que recae sobre la mujer que ejerce la prostitución (puta, ramera, mujer pública, mujer de la calle) es tan pesado, que se afirma que no existe punto de retorno, es un *status social*, con independencia de que se produzca un cambio de actividad.

En el plano jurídico, el lenguaje que emplea el legislador en la redacción de las normas (CE y todas las demás) debe adecuarse a la distinta realidad del sujeto de derecho «mujer»¹⁴, y no quedarse en la mera extensión de la eficacia de las normas redactadas «en masculino» a sujetos de derechos diferenciados; es fundamental en este sentido y, como se ha dicho ya desde otras disciplinas del conocimiento humano, «nombrar en femenino». Es preciso recoger en la letra de la ley «la otra manera de ser» (*andersartigheit* según el Tribunal Constitucional federal alemán) de las mujeres, de lo contrario, como la realidad jurídico-social del hombre y lo relativo a su sexualidad no son extensibles a la mujer, se adecuan las de la segunda al primero, produciendo el resultado de la desigualdad material de mujeres y hombres.

2.3.2. Tipos de prostitución

Existe hoy día debate acerca de si cabe o no hablar de distintos tipos de prostitución. Sin la convicción acerca de la existencia de diferentes tipos de prostitución, no cabe hablar de modelos de regulación. Desde este punto de vista, entendemos que conviene partir de una necesaria distinción entre tipos de

12. MESTRE I MESTRE, R. y LÓPEZ PRECIOSO, M.: *Trabajo sexual...*, *op. cit.*, p. 50 y ss.

13. Estas tesis no son compartidas por un sector de la Filología y la Lingüística españolas. Véase BOSQUE, I.: «La RAE, las palabras y las personas» publicado en el diario El País, el 5 de diciembre de 2006; en el mismo sentido, las valoraciones realizadas por M^a P. ALONSO CAMPOS, filóloga y responsable de la biblioteca del Centro Universitario Escorial-M^a Cristina, que entiende que «el lenguaje no es sexista, lo es el hablante, y prueba de ello es que un mismo término usado de una u otra manera adquiere un matiz peyorativo o no. De hecho las lenguas se «construyen» al contrario: la lengua es reflejo del hablante (de la sociedad), que, es quien, al fin y al cabo, la crea, la transforma y la hace evolucionar. Por tanto, para cambiar el lenguaje hay que cambiar a la sociedad y esto sólo se consigue a través de la educación».

14. BALAGUER CALLEJÓN, M^a L.: «Mujer y derechos constitucionales. La construcción jurídica del género», ponencia impartida en el Congreso Internacional «Género, Constitución y Estatutos de Autonomía», Madrid 4 y 5 de abril de 2005, pág. 6; puede consultarse en: http://www.inap.map.es/ES/Investigacion/Congresos/Congreso_Internacional/Ponencias/Ponencias.htm

prostitución¹⁵: a) la prostitución que supone la explotación de personas, que tiene una componente clara de discriminación sexual y, por lo tanto, se corresponde con la situación de sumisión de la mujer que es forzada o inducida por el hombre a prostituirse y b) la prostitución libre y voluntaria, ejercida por personas mayores de edad y capaces.

Por otro lado conviene definir qué entendemos por prostitución, proxenetismo, rufianismo y actividad de alterne. Se entiende por prostitución la venta de servicios sexuales a cambio de dinero u otro tipo de retribución. Por proxenetismo entendemos la determinación a la prostitución de otra persona y lucro a costa de esa actividad; el rufianismo es sinónimo de vivir a expensas de persona que se dedica a la prostitución y, finalmente, por actividad de alterne se entiende la encaminada a estimular a los clientes a consumir y a hacer gasto en su compañía, percibiendo a cambio un porcentaje sobre las consumiciones realizadas en determinados clubes, bares y salas de fiesta.

3. Prostitución y su regulación en España

3.1. Modelos de regulación en general

Se distinguen tres modelos de tratamiento de la prostitución en los Estados de nuestro ámbito euroatlántico: el prohibicionismo, el abolicionismo y el reglamentarismo o reglamentismo en sus vertientes decimonónica y actual. El prohibicionismo considera delictivo el ejercicio de la prostitución pues entiende que las prostitutas son mujeres desviadas, depravadas, ruines, delincuentes. Se penaliza a todos los que intervienen en la prostitución y por lo tanto se persigue tanto la oferta (prostituta y quien organiza o fuerza la prostitución, proxeneta y/o rufián) como la demanda (cliente).

En el abolicionismo se persigue el proxenetismo, sea individual u organizado, pero no se persigue la prostitución, que es entendida como una cuestión de desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, que refleja el dominio de los primeros sobre las segundas. La prostituta es víctima de un sistema de explotación sexual y de desigual distribución de la riqueza y los recursos. Se pena al proxeneta y al cliente, pero no a la mujer prostituta.

Por su parte, el modelo reglamentarista o reglamentista es el que se decanta por dictar normas reglamentarias puntuales para regular algunos aspectos de la prostitución. Este modelo, desarrollado a lo largo del S. XIX y primera

15. En este mismo sentido sostiene REY MARTÍNEZ que «no hay que hablar de prostitución sino de prostituciones»; Véase su artículo «La Prostitución, ¿trabajo o explotación? Prostitución, dignidad humana y derechos fundamentales», pp. 61 a 74, en la obra colectiva *Prostitución y Derecho*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004.

mitad del XX considera la prostitución una realidad social inevitable, un mal para la sociedad, pero «un mal menor» que viene a cubrir determinadas necesidades al amparo de la afirmación de una naturaleza sexual distinta del hombre respecto de la mujer y no satisfecha en las relaciones matrimoniales existentes durante el siglo diecinueve. Por lo tanto, la práctica de la prostitución es tolerada pero se considera que hay que regularla porque su práctica genera problemas de orden público (salud pública y bienestar ciudadano).

El reglamentarismo actual considera que el Estado no debe intervenir por tratarse de un asunto sexual y por lo tanto privado. Sólo lo deberá hacer para regular el aspecto económico y para terminar con situaciones de coacción. Al mismo tiempo, establecerá la obligatoriedad de controles sanitarios y policiales de zonificación. Las medidas que implanta este modelo son, entre otras, la inscripción de las prostitutas en un registro específico, la vigilancia y visita médica obligatoria con el registro en cartillas sanitarias específicas de los controles médicos y la posibilidad de la hospitalización obligatoria si la prostituta padece enfermedades de transmisión sexual. Se deberán igualmente regular las zonas, que serán discretas y convenientemente acotadas, donde podrá ubicarse la prostitución en las ciudades. Se regulará, por último, lo relativo al establecimiento y actividad de las «casas de tolerancia» o mancebías.

3.2. Modelos de regulación en Europa: síntesis de los modelos sueco, francés, holandés y alemán¹⁶

El modelo sueco de regulación de la prostitución es el denominado neoabolicionista, implantado por la «Ley de prohibición de compra de servicios sexuales» de 1 de enero de 1999. En virtud de este modelo se castiga a todo aquél que «obtenga una relación sexual ocasional a cambio de dinero», esto es, al cliente; y se mantiene la prohibición ya existente del proxenetismo. Con este modelo se prohíbe la prostitución por el lado de la demanda, con el objeto de acabar eliminando también la oferta y lograr el fin de la abolición de la prostitución. Se acompaña esta legislación con un amplio paquete de medidas de reinserción socio-laboral de las mujeres prostitutas, a las que se considera víctimas.

16. Realizamos a continuación una exposición sucinta de algunos modelos europeos de tratamiento de la prostitución, sin entrar a hacer aquí valoraciones sobre los resultados de su implantación por exceder el objeto de este estudio. Nos parece interesante por cuanto ofrecen distintas formas de entender la prostitución, con respuestas jurídicas consecuentes con sus planteamientos de partida. Seguimos aquí a PEMÁN GAVÍN, J.: «El debate sobre la legalización de la prostitución en España (a propósito del informe de la ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136 (oct.-dic. 2007), pp. 705 y ss.

En Francia se sigue un modelo prohibicionista, que ha introducido con la Ley núm. 2003-239, de 18 de marzo importantes modificaciones en la legislación penal en materia de prostitución, ampliando las conductas sancionables penalmente en relación a ella. Se introducen nuevas formas de proxenetismo y conductas afines como el rufianismo, se penaliza el *racolage* o «captador de clientes» y se hace prácticamente inviable cualquier modalidad de establecimiento público dedicado a la prostitución. Asimismo, se penaliza al cliente en determinados casos, como cuando mantenga relaciones sexuales remuneradas con personas que presenten una vulnerabilidad relacionada con una enfermedad, una deficiencia física o psíquica, o una situación de embarazo.

Si en los dos ejemplos anteriores el objeto de las legislaciones es terminar con la prostitución, en los dos modelos siguientes la finalidad de su normativa es el reconocimiento y garantía de los derechos de las personas que ejercen la prostitución. En Holanda, primer país de la Unión Europea en regular la prostitución como trabajo asalariado o como trabajo ejercido de forma autónoma, se reguló a través de la Ley de 27 de septiembre de 2000, que suprimió la prohibición general de los burdeles, regulándose su ubicación y su autorización administrativa a través de licencias municipales. Este modelo contempla el alta de quienes ejercen la prostitución en la Seguridad Social y la sujeción de su actividad al derecho laboral. Mientras, en Alemania, la legalización de la prostitución vino de la mano de la Ley para regulación de las relaciones jurídicas de las personas prostituidas de 20 de diciembre de 2001, conocida comúnmente como la «Ley de prostitución». Esta norma fue complementada con la modificación del Código Penal alemán, que suprimió el delito de fomento o promoción de la prostitución y lo sustituyó por el de explotación de las personas prostituidas. Esta ley reconoce la validez de la relación contractual de quien ejerce la prostitución y su cliente (y por lo tanto se considera el objeto del contrato lícito) y, en línea con lo anterior, se considera la prostitución como un empleo a efectos del alta en la Seguridad Social.

3.3. Regulación en España

3.3.1. Etapa reglamentarista (S. XIX y XX – 1956)¹⁷

Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX se sigue en España el modelo de reglamentarismo decimonónico antes expuesto. Comienza el tratamiento con normas de rango reglamentario que tuvieron en la mayoría de

17. Puede encontrarse una recopilación exhaustiva de los reglamentos en materia de prostitución en PEMÁN GAVÍN, J.: *op. cit.*, p. 695 y ss.

los casos un ámbito de aplicación local (municipal o provincial) y que hasta la primera década del siglo XX no será regulada en normas de carácter general o estatal. Todas ellas contenían disposiciones en materia de salud y orden público. Son ejemplo de la primera el Reglamento especial de la Sección de Higiene de la prostitución de Madrid de 1877; de la segunda es representativo el Reglamento de Higiene de la Prostitución aprobado por la Real Orden de 1 de marzo de 1908.

Por su parte, la legislación penal se limitaba a regular como faltas la «infracción de los reglamentos de policía en lo concerniente a mujeres públicas» (Códigos Penales de 1948 y 1870) y sólo a partir de 1904 los códigos penales recogerán un amplio catálogo de conductas tipificadas como delito en relación a la prostitución (trata de blancas y prostitución de menores).

3.3.2. Etapa abolicionista (1956-1995)

A partir del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 y de las reformas del Código Penal de 1961 y 1963 se producirá una nueva regulación de delitos relativos a la prostitución en cumplimiento del **Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena**, firmado en el seno de Naciones Unidas, en Lake Success (Nueva York) el 2 de diciembre de 1949. En dicho convenio se prohíbe el proxenetismo y la prostitución ajena con las siguientes palabras:

Artículo 1: Las partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

1. Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona;
2. Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

Artículo 2: Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:

1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;
2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo, un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Y añade en su «Artículo 6: Cada una de las Partes en el presente Convenio conviene en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospeche que se dedican a ella, tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un

documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación».

A la luz de este convenio, en España se declara la prostitución como actividad ilícita y se prohíben las mancebías y casas de tolerancia. Por otra parte, para supervisar el control del cumplimiento de esta nueva ley sobre prostitución, se encomienda al *Patronato para la Protección de la Mujer* la tutela y reeducación de las prostitutas y su reinserción laboral y se crearán instituciones especializadas, de carácter no penitenciario, para llevar a cabo medidas de prevención en este terreno. Por último, y por lo que respecta a la legislación penal, el Código Penal sufrirá una modificación importante que incluirá, junto a la tipificación de la prostitución de menores y la prostitución coactiva, la prostitución ejercida por cuenta ajena y diversas formas de proxenetismo y rufianismo.

Así, el Código Penal, tras su última modificación¹⁸, operada en esta etapa (año 1963) castiga, en sus artículos 452 bis d) y 452 bis c), al «dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento»; y «a quien a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales», así como a «los que dieran o tomaren en arriendo un edificio o local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas» (proxenetismo), incluyendo en este concepto amplio de proxenetismo «cualquier forma organizada o empresarial del ejercicio de la prostitución»; castigaba, también, a «quien viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote» (rufianismo). Sin embargo, no se prohíbe la prostitución ejercida de forma independiente por personas adultas si bien se consideraba «tráfico ilícito», por lo que no podía ser regulada ni por el derecho público ni por el derecho privado.

Es significativa en esta etapa otra ley que sí avanza en la incriminación de la mujer que ejerce la prostitución. Nos referimos a **Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social**. En esta ley se considerará «sujeto peligroso» y por lo tanto susceptible de aplicación de determinadas «medias de seguridad», además de a los «rufianes y proxenetes», a las «personas que ejerzan habitualmente la prostitución». Esta Ley, como es sabido, fue derogada con la modificación del Código Penal de 1995.

18. Decreto 168/1963, de 24 de enero, dictado al amparo de la Ley de bases de 23 de diciembre de 1961, en cita ofrecida en PEMÁN GAVÍN, J.: *op. cit.*, p. 695.

3.3.3. Etapa de tolerancia normativa (1995-2003)

El Código Penal de 1995 abandona la corriente abolicionista y reduce los tipos delictivos en relación a la prostitución: el artículo 187.1 Cp castiga al que «induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz» y «la determinación a que alguien ejerza la prostitución a través de coacción, engaño o abuso de una situación de necesidad o superioridad». Por su parte, el artículo 188 Cp castiga a quien «determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella...», y a quienes lo hagan «prevaliéndose de una condición de autoridad pública, agente de éste o funcionario público».

Despenaliza la prostitución voluntaria, el rufianismo y las diversas formas de proxenetismo no viciado por coacción. Al amparo de este código se dictaron reglamentos que permitían la prostitución por cuenta ajena, como la *Ordenanza Local sobre establecimientos públicos destinados a la prostitución*, de 12 de mayo de 1999 en el Ayuntamiento de Bilbao o el Decreto 217/2002, de 1 de agosto por el que se regulan los *Locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución* de la Generalitat de Cataluña. A raíz de esta legislación penal se abre el debate sobre una supuesta liberalización de la prostitución por cuenta ajena, la realizada en clubes o locales de alterne.

Ello impulsa la creación de asociaciones de «empresarios del sexo» que reclaman el pleno reconocimiento y la regulación legal de su actividad¹⁹.

3.3.4. Retorno al abolicionismo

La modificación del Código penal introducida mediante la LO 11/1999, de 30 de abril, incorpora en el artículo 188 los conceptos de *intimidación* y *vulnerabilidad* como nuevos elementos susceptibles de viciar el consentimiento de quien se prostituye. Así el artículo 188²⁰ castiga al que «determine, empleando violencia, *intimidación* o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o *vulnerabilidad de la víctima*, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses». La modificación que se realiza mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, incorpora el delito de lucrarse explotando la prostitución de otra persona aún con el consentimiento de ésta, aparejándole la misma pena que la prevista

19. Ejemplo son la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (ANELA) y la Asociación Mesalina.

20. Destacamos en cursiva la diferencia introducida respecto a la regulación anterior.

para el delito de determinación a la prostitución. Establece el artículo 188 que «el que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses». En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

Con esta última legislación se vuelve a los postulados abolicionistas del Convenio de Nueva York. Sin embargo, la legislación no es unívoca en la interpretación que de ellas hacen los tribunales al aplicarla, porque sólo castiga el proxenetismo que conlleva explotación y no la prostitución ejercida por cuenta propia, en la que no existe vínculo de subordinación de la prostituta con quien le sirve una infraestructura o local y le cobra por ello.

Los Tribunales de Justicia del orden social han hecho en su interpretación diferenciación entre la actividad de alterne (permitida) y la de prostitución por cuenta ajena (penalizada) y han entrado a la valoración acerca del carácter laboral o no de la prostitución. En términos generales se considera la actividad de alterne lícita y se asimila a la conducta de «quien trata a los clientes, para estimularles a consumir y hacer gasto en su compañía, percibiendo un porcentaje sobre las consumiciones (salas de fiesta, bares)».

Con todo, el panorama legal actual de la prostitución en España se resume hoy con lo siguiente: se distingue la prostitución por cuenta propia y por cuenta ajena, entendiendo que hay tolerancia legislativa respecto de la primera, esto es, la prostitución por cuenta propia ejercida de forma libre y voluntaria por persona mayor de edad y capaz. Respecto de la prostitución por cuenta ajena se interpreta como actividad de explotación (determinación, inducción, coacción, situación de especial vulnerabilidad) y por lo tanto es ilegal, si bien queda fuera de esta consideración la denominada «actividad de alterne» (como se ha visto declarada «lícita» por la jurisprudencia de ámbito social) que se interpreta ajustada a una relación laboral y por lo tanto el objeto de su actividad es considerado lícito y no equiparable a la prostitución por cuenta ajena.

Conviene recordar la legislación civil vigente en España en relación al objeto de los contratos y a la causa de los mismos. Establece el Código Civil en su artículo 1.271 que podrán ser «objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres» y que es ilícita la causa del contrato «cuando se opone a las leyes o a la moral». En este sentido se entiende que la prostitución, que tiene por objeto la prestación de servicios sexuales, es ilícita, y por lo tanto no puede ser desarrollada como

actividad laboral mediante ley, por ser dicho objeto «contrario a las buenas costumbres»... o «a la moral». En este punto nos parecería interesante que se suscitase un debate social sobre qué se entiende en la actualidad por «buenas costumbres» o por «moral».

En definitiva, la situación legal actual de la prostitución en España es la impunidad de la ejercida por cuenta propia, mientras que se persiguen penalmente determinados hechos cometidos por terceras personas en el entorno de las conductas mismas de prostitución. Ni la Constitución prohíbe la prostitución, ni impide su eventual prohibición legislativa, ni obliga a su reconocimiento jurídico como trabajo sino que permite una amplia libertad de configuración por parte del legislador²¹. En este sentido, entiende la doctrina que la configuración/determinación de los perfiles válidos del ejercicio de la prostitución puede venir de la mano de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional. No obstante esto, y como hemos venido afirmando a lo largo de estas páginas, una regulación en positivo de los derechos sexuales, evitaría colocar a la justicia en el papel del legislador. En este sentido, es relevante la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su sentencia 129/1996 recuerda que «es tarea del legislador determinar la regulación relativa a la prostitución» y, declara que «tan conforme es a la Constitución... que un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico deje de serlo, o viceversa, o que sobre él, el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo o en el cuantitativo. Los procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social frente a determinados comportamientos, que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal (...)». En línea con esta doctrina, consideramos necesario que el legislador afronte su responsabilidad en esta materia, y saque del limbo jurídico el ejercicio de la prostitución libre y voluntaria, realizada por persona mayor de edad y capaz, y dé cobertura legal mediante la regulación de los derechos sexuales a dicha actividad, para garantizar los derechos del orden laboral, social y económico de las mujeres que optan por esta actividad.

4. Consideraciones finales a modo de conclusión

Como reflexión final entendemos que el Estado de Derecho debe perseverar en su lucha contra la prostitución forzada y el tráfico de personas, para

21. REY MARTÍNEZ, E: *op. cit.*, p. 70.

erradicar las situaciones de violaciones de derechos existentes en las sociedades actuales y, en el ámbito de este estudio, debe luchar de manera especial contra la explotación sexual para acabar con la discriminación que por razón de sexo ha sufrido la mujer a lo largo de la historia. En esta línea, el Estado social del S. XXI debe reconocer y regular sobre derechos sexuales no explicitados en el texto constitucional español, si pretende lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. A este respecto, el reconocimiento de los derechos sexuales previo a la regulación sobre la prostitución libre, garantizará el ejercicio de los derechos fundamentales, principalmente del orden social a las personas que ejercen la prostitución, contribuyendo con ello a la protección de, entre otros, su derecho a la salud frente a la contracción de enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA.

En suma, consideramos que el Estado de Derecho tiene que superar la histórica aversión a la posibilidad de una *regulación legal de la prostitución libre*, para lo cual es necesario contribuir a generar un debate social amplio, en el que se implique a todos los actores sociales y se posibilite dialogar acerca de los valores y principios de nuestra sociedad, partiendo de los postulados propios de todo Estado social y democrático de derecho y que incluya a todos los ciudadanos, independientemente de sus creencias religiosas.

Para finalizar, nos sumamos a quien, como Mestre i Mestre, sostiene que la respuesta a la prostitución, en clave de igualdad, puede darse no sólo en términos de abolición, sino en términos de reconocimiento de derechos.