

PRAGMATISMO VERSUS IDEALISMO EN EL DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

TATSIANA USHAKOVA

Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo

Profesora Ayudante

Doctora de Derecho Internacional Público

de la Universidad de Alcalá de Henares

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

Extracto:

EL planteamiento metodológico de este estudio, consistente en analizar la oposición de los paradigmas pragmático e idealista aplicados al problema de la regularización de la prostitución, sirve para vislumbrar dos puntos de partida distintos. Desde la perspectiva pragmática, que se sitúa en el ámbito de una hipótesis teórica de corte liberal, se enfocan bajo una nueva luz las relaciones entre lo jurídico y lo moral. De este modo, el claro predominio de la libertad individual en las relaciones jurídicas hace innecesario el recurso a valores éticos o concepciones religiosas. En este modelo, el derecho individual encuentra su limitación tan solo en la contradicción manifiesta con los intereses públicos (la seguridad y la salud), interpretados de la manera más restringida posible. Resulta evidente que el modelo pragmático permite incluir la relación entre la persona prostituida y el cliente, con o sin el intermediario, en el sistema de las relaciones jurídico-laborales. Por otro lado, el paradigma idealista sigue buscando el apoyo tradicional en valores compartidos por la sociedad, y exige una mayor intervención estatal para asegurarlos jurídicamente. En ese modelo, adquiere un papel central el Estado social e intervencionista, que defiende el interés colectivo frente al individual y restringe la libertad de la persona, llegando al extremo de protegerla contra sí misma. En definitiva, la perspectiva idealista asume la crítica del fenómeno de la prostitución como una práctica socialmente intolerable, y proclama la lucha contra esta. Por tanto, no admite la prostitución como una actividad profesional bajo ningún fundamento jurídico.

Palabras clave: prostitución, legalización de la prostitución, trata de personas, tráfico de personas, trabajo autónomo y trabajo por cuenta propia.

Sumario

- I. Introducción: marco conceptual.

- II. El planteamiento pragmático.
 1. El *statu quo* como punto de partida.
 2. Liberalismo político.
 3. Libre desarrollo de la personalidad.
 4. Actividad profesional por cuenta propia.
 5. Actividad profesional por cuenta ajena.

- III. La perspectiva idealista.
 1. La valoración negativa del fenómeno.
 2. La faceta ética del Derecho.
 3. Dignidad e igualdad.
 4. Incriminación de los empresarios y usuarios de los servicios sexuales.
 5. La integración, inserción y ayuda a las víctimas.

- IV. Balance final.

NOTA: El estudio se ha desarrollado, en parte, en el marco del proyecto «Sensibilización sobre el tráfico de mujeres e intervención en víctimas de tráfico y explotación sexual», llevado a cabo por la Federación de la Asociación Proinmigrantes de Castilla-La Mancha RED ACOGE, en el que participó la doctora Tatsiana Ushakova como abogada e investigadora en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2004.

I. INTRODUCCIÓN: MARCO CONCEPTUAL

El tema de la prostitución, interdisciplinar por excelencia ¹, se ha abordado en distintos foros culturales y ámbitos de conocimiento, desde los éticos y literarios hasta los históricos y sociológicos. El presente estudio se ocupa del análisis jurídico del fenómeno. Pero, incluso en el campo jurídico, distintas ramas del Derecho se disputan la regulación de la problemática: el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario Europeo (las políticas migratorias, los derechos de los inmigrantes y la protección de las víctimas de la trata y de la prostitución), el Derecho del Trabajo (la regulación de la actividad laboral y las medidas de inserción), el Derecho Constitucional (los derechos humanos y libertades fundamentales), el Derecho Administrativo (el régimen de extranjería o el posible régimen de registro) y el Derecho Penal (la incriminación de las conductas delictivas relacionadas con la prostitución).

Para la introducción, y dada la utilidad del concepto como instrumento metodológico, optamos por el análisis conceptual frente al análisis paradigmático ². Según el planteamiento tradicional, se entiende por prostitución cualquier relación sexual mediante precio ³. Es evidente que la definición no refleja toda la complejidad del fenómeno, y necesita de precisiones en cada situación concreta. En general, corresponde al Estado definir la prostitución para expresar la postura de la legislación nacional frente a esta realidad. Sin embargo, pocos Estados disponen de una definición al respecto en sus sistemas jurídicos. En el ámbito europeo, normalmente son los tribunales nacionales quienes se ocupan de la descripción del concepto. Destacan tres criterios principales comunes para la noción de la prostitución: el contexto sexual, la remuneración y el carácter repetido o habitual de la actividad ⁴. Los

¹ *Vid.*, sobre las particularidades de aplicación del método transdisciplinar, el estudio de JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho internacional público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid, 1995, págs. 37-38.

² JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, pág. 31.

³ «Esta definición se parece a las que ha utilizado la jurisprudencia española, por ejemplo: prostitución es la relación íntima y carnal mediante precio». SUAY HERNÁNDEZ, S., CORTES GENERALES, SENADO, Ponencia ante la Comisión especial sobre la prostitución, sesión de 4 de noviembre de 2002, consultado el 4 de abril de 2004 en: <http://www.senado.es>.

⁴ NGALIKPIMA, M., *L'esclavage sexuel: un défi à l'Europe*, Les Éditions de Paris-Fondation Scelles, Paris, 2005, pág. 8.

tribunales suelen interpretar los criterios mencionados de manera amplia⁵. En cuanto al contacto sexual, este no se refiere tan solo al acto sexual. La jurisprudencia califica como prostitución las prácticas relacionadas con la masturbación, o determinados tipos de masajes, como el «tailandés» o el «californiano». Del mismo modo, la remuneración no se limita a la dineraria, sino que comprende cualquier tipo de beneficio económico. Por último, la exigencia de la repetición no siempre es relevante para los tribunales, aunque sí lo es para calificar el delito de proxenetismo. En la mayoría de los casos, la figura clave para definir la prostitución es la persona que se prostituye y no las demás implicadas, como los proxenetas o clientes de los servicios sexuales. La excepción a este planteamiento predominante la ofrece la definición de M. ROGER DUFOUR-GOMPERS, según la cual la prostitución constituye «el hecho de aceptar o proponer [...] relaciones de placer sexual por dinero u otros beneficios, sin que medie un sentimiento afectivo como componente esencial»⁶. Como puede observarse, esta definición implica dos figuras: el cliente, mencionado en primer lugar, y la persona que se prostituye. Tal enfoque parece el más acertado a la hora de reflejar la realidad, pues difícilmente puede imaginarse un negocio lucrativo en el que la oferta no esté respaldada por la demanda. Siendo la noción de la prostitución objeto de regulación en los sistemas jurídicos nacionales, y desarrollada en la jurisprudencia, es aún menos frecuente la referencia al término en los Tratados internacionales. Uno de los escasos intentos, si no el único, de definir el fenómeno lo encontramos en un Instrumento de carácter subregional, a saber, la Convención de la Asociación de Asia del Sur para la Cooperación Regional, sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución, de 5 de enero de 2002⁷. En el artículo I.2 de la Convención, la prostitución se define, de manera bastante radical, como «la explotación sexual o el abuso de personas con fines comerciales»⁸.

Vistos los datos estadísticos, el perfil predominante de la persona dedicada a la prostitución se manifiesta en su condición de extranjera e inmigrante, procedente de Estados en vías de desarrollo, o de Estados con regímenes económicos en transición⁹. Por tanto, se conecta con la política nacional e internacional de inmigración y con la legislación nacional y la regulación internacional en la materia. La condición de extranjero e inmigrante puede conllevar un agravio adicional, al unirse a la de persona traficada y/o víctima de la trata de seres humanos. En este sentido, cabe distinguir entre la prostitución, el tráfico y la trata con fines de explotación sexual. Son tres conceptos distintos, aunque, con frecuencia, suelen confundirse en la práctica y en la doctrina. De nuevo, según las estadísticas, es necesario recordar que la persona que se dedica a la prostitución es, normalmente, la mujer. Por supuesto, tal afirmación no significa que se ignore la prostitución masculina o infantil, sino que se excluye del objeto del presente estudio. Sin embargo, la pertenencia generalizada de la persona prostituida al sexo femenino permite conectar la problemática de la prostitución con la muy actual de «la

⁵ FONDATION SCHELLES, *La Prostitution adulte en Europe*, éd. Érès, 2002, pág. 3.

⁶ La definición citada se recoge en el estudio de OUVRARD, L., *La prostitution. Analyse juridique et choix de politique criminelle*, L'Harmattan Sciences criminelles, Paris, 2000, pág. 17. La traducción del francés es nuestra.

⁷ El texto de la Convención puede consultarse en la página web oficial de la Asociación: <http://www.sarc-sec.org>

⁸ La traducción del inglés es nuestra.

⁹ Por un lado, es imposible elaborar una estadística fiable en este ámbito. Por otro, resulta evidente que es altísimo el porcentaje de la prostitución extranjera. Así, en el año 2000, el Informe del Defensor del pueblo andaluz la fijaba en un 75 por 100: cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *La prostitución: realidad y políticas de intervención públicas en Andalucía*, Informe especial al Parlamento, abril de 2002. No obstante, los últimos datos ofrecen unos porcentajes bastante más elevados, cerca del 90 por 100. *Vid.*, con mayor detalle, la información estadística en: REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R., SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 107-108.

violencia de género»¹⁰ y, a su vez, analizarla a la luz del derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, así como a la luz de otros derechos y libertades fundamentales.

El fenómeno de la prostitución es casi tan antiguo como la civilización humana y, al igual que otros muchos, se presta a visiones contradictorias. Como la actitud del Derecho frente a la prostitución varía de época en época y de cultura en cultura, no es una tarea fácil sistematizar el pensamiento jurídico al respecto. Los numerosos estudios en la materia suelen obedecer a una sistemática según las tres corrientes conocidas como prohibicionista, abolicionista y reglamentista, o según los ordenamientos jurídicos, como el internacional, el europeo o los distintos modelos nacionales, contraponiéndose en estos últimos los modelos holandés y alemán con el sueco. De ahí que el dilema «actividad profesional o explotación sexual» –o su otra manifestación «¿legalizar o no legalizar?»– sirva de hilo conductor y de interrogante permanente al presente estudio. Existe la opinión de que, al reflexionar sobre la prostitución, uno puede ser un pragmático, desprovisto de sentimientos, o, por el contrario, un perdido idealista, desconectado de la realidad. También es cierto que pocos investigadores, o mejor dicho ninguno, se adscriben sin reservas a una u otra postura. Sin embargo, si lo hacen los representantes de los empresarios del negocio del sexo, por un lado, y de las múltiples ONG feministas, por otro. En cuanto a las «interesadas», se alinean con los primeros o los segundos en función de sus expectativas y experiencias particulares. Los modelos bien definidos vienen a defender las necesidades de los grupos concretos de la sociedad civil, y sitúan al legislador ante la elección de una postura determinada, influida, casi siempre, por la coyuntura política. El debate sobre la prostitución recuerda, en cierto modo, el diálogo sin fin entre Aristóteles y Platón en la filosofía. Lejos de pretender dar una solución definitiva al dilema, nos acogemos al beneficio de la duda. Alegamos a nuestro favor el mérito de un diseño bipartito, en que cada epígrafe de la primera parte mantiene un diálogo con el correspondiente de la otra, y reconocemos, con toda modestia, que el intento de plantear un problema no implica necesariamente la obligación de resolverlo.

II. EL PLANTEAMIENTO PRAGMÁTICO

1. El *statu quo* como punto de partida.

«La prostitución existe»¹¹ es una de las afirmaciones de sentido común y de manifiesta evidencia, que se utiliza a menudo para tolerar la prostitución, e incluso para ir más allá de la mera tole-

¹⁰ A pesar de su amplio uso en distintas fuentes jurídicas o periodísticas, el término «violencia de género» no parece acertado, pues presenta un ejemplo de la práctica muy extendida de traducción directa del inglés, en este caso del término *gender violation* o *gender-based violence*. Siguiendo las observaciones de la Real Academia Española, consideramos más apropiadas las expresiones de «violencia contra la mujer» o «violencia por razón de sexo», en sus contextos correspondientes. *Vid.* un estudio más detallado al respecto en el *Informe de la Real Academia Española sobre la expresión «violencia de género»*, que puede consultarse en la página oficial de la Academia: <http://www.rae.es> (consultado el 8 de octubre de 2004).

¹¹ COSTES-PÉPLINSKI, M., *Nature, Culture, Guerre et Prostitution. Le sacrifice institutionnalisée du corps*, París, Budapest, Torino, 2001, págs. 11, 22 y ss.

rancia, y plantear un marco legal del fenómeno como una actividad profesional. Ahora bien, en un estudio científico, no parece válido como argumento o, al menos, exige de precisiones adicionales. Sin entrar en profundos debates metodológicos, la prueba de la «existencia sin más» queda refutada por el recurso a la analogía con otros fenómenos, como el «asesinato» o la «extracción de órganos». Al igual que la prostitución, «existen» y tienen que ver con el cuerpo humano y la libertad de disposición del cuerpo, pero ninguno resulta susceptible de regularización como una práctica legalmente aceptable o, en términos similares, aunque se realizasen con consentimiento ¹².

Otro tópico que debe comentarse es que «la prostitución ha existido siempre» y, en la misma línea, que es «la profesión más vieja del mundo» y no ha sufrido modificación alguna. Al contrario, la prostitución es un fenómeno histórico y evolutivo y, por tanto, debe analizarse en cada contexto histórico determinado. En este sentido, y de acuerdo con los datos históricos, arqueológicos, antropológicos y jurídicos, M. COSTES-PÉPLINSKI propone una serie de premisas iniciales ¹³. En primer lugar, afirma que no hubo constancia de la prostitución durante miles de años desde que apareció la huella de la vida humana. En segundo lugar, precisa que este fenómeno apareció en Indo-Europa a finales del neolítico, en el seno «des sociétés communautaires et des sociétés dites sociétales-celles de contractualisation» ¹⁴. Por último, insiste en que la prostitución de las mujeres y los hombres prospera en tiempos de miseria y guerra, y se vincula a la apropiación de las tierras, la acumulación de bienes y capitales, la delincuencia de los grupos, la introducción del dinero como garantía de valor de los objetos y la adopción de la ley escrita como garantía de la obligación de la transferencia de las relaciones y los bienes. De manera metafórica, la autora declara que, mediante la prostitución, la juventud se destina al servicio de la vejez. Asimismo, se obliga a los jóvenes socialmente desprotegidos a pagar con su cuerpo lo que no se les permite por la ausencia de dinero y de derecho: ser acogidos, protegidos y alimentados. Asimismo, la prostitución se manifiesta como una forma de poder de los socialmente protegidos sobre los más desfavorecidos y débiles. El dinero representa un elemento de suma importancia en esta relación; es más, llega a neutralizarla. En otras palabras, se establece una desigualdad de relación «vendedor-comprador», enmascarada bajo el pretexto de la neutralización de la relación que ofrece *a priori* el dinero. El cliente o comprador no experimenta ningún sentimiento de culpabilidad hacia la persona prostituida, porque presupone que ha pagado el servicio.

Desde la perspectiva histórica, la prostitución adopta muchas formas. Uno de los primeros ejemplos de mujer prostituida aparece en la Biblia, en el pasaje sobre Tamar, que se sitúa a finales del período neolítico ¹⁵. La protagonista se convierte en un símbolo de la primera mujer víctima de la paradoja existencial: no se la reconoce como la esposa de su esposo, porque no es madre de un hijo de este, pero tampoco es la hija de su padre, ni hermana de su hermano, dado que ninguno de

¹² Tal y como se ha afirmado, «es un principio general de todo el Ordenamiento Jurídico español, el de la indisponibilidad del cuerpo humano, en virtud del cual está, por ejemplo, penada la venta de órganos humanos –aun con consentimiento–, o su alquiler –por ejemplo, de útero, en las llamadas madres de alquiler, aun con el consentimiento de las mismas–»: cfr. «Ponencia para elaborar un dictamen informativo sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Cortes Generales, Serie A: Actividades Parlamentarias, 13 de abril de 2007, pág. 17.

¹³ COSTES-PÉPLINSKI, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Gén. 38.

estos puede cumplir correctamente con su papel ¹⁶. Queda sin protección alguna. Desprovista del derecho a la propiedad y a la herencia, no existe jurídicamente. Tan solo el hijo que pudiera engendrar con un hombre de su familia política le aseguraría un lugar legítimo bajo el techo familiar. A partir de esta leyenda, puede deducirse que el matrimonio se convierte en una transacción. La familia política de Tamar la «compra» para poder engendrar un heredero.

La convivencia entre la institución del matrimonio y el fenómeno de la prostitución persiste y se manifiesta en distintas combinaciones, desde la clara oposición sin reserva, hasta la coexistencia casi absoluta. Así, en los apuntes de Herodoto, encontramos referencias correspondientes a las costumbres de la época griega entre los años 500 y 400 antes de Cristo. El historiador griego cuenta que, en Lidia, las jóvenes se prostituían para ganar la dote, hasta el día en que encontraban un esposo, pues ellas mismas lo elegían ¹⁷.

Junto a las formas de prostitución en el marco de relaciones de poder o de matrimonio, hay que mencionar la llamada prostitución «sagrada». Esta forma tiene que ver con los cultos paganos y religiosos que se practicaban en veneración de los dioses, o de un Dios, en todos los ámbitos culturales del mundo. En muchos de estos cultos, como por ejemplo el de la diosa *Ishtar*, se distinguía entre tres figuras imprescindibles: el dios, el intermediario y el adorador. En Sumer, el rey debía unirse con la principal sirvienta de *Ishtar* para asegurar la fertilidad del reino. Después, todos los adoradores de la diosa podían disponer de las sirvientas del culto a cambio de la remuneración del templo. No obstante, las mujeres ofrecidas para el culto estaban protegidas por la ley. Según el código de Hammurabi, adoptado cerca de 1800 antes de Cristo, las sacerdotisas dedicadas a la prostitución sagrada recibían una educación exquisita y se beneficiaban de unos derechos y, entre estos, los hereditarios ¹⁸. Tales mujeres gozaban de un estatuto social alto, ya que la práctica sexual a la que se dedicaban se consideraba como un arte, en que había más de sublimación que de consumo.

Pues bien, las manifestaciones históricas de la prostitución mencionadas engloban los elementos esenciales del fenómeno actual: la relación de poder, los aspectos religiosos, el matrimonio, la sexualidad, la libertad y la igualdad entre el hombre y mujer, e incluso los precedentes de una legalización y regularización.

El carácter dinámico del fenómeno queda perfectamente ilustrado por los perfiles que se observan en las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI ¹⁹. Así, en los años 70, el mundo de la prostitución estaba integrado mayoritariamente por mujeres jóvenes, nacionales de un país europeo donde ejercían esta actividad, procedentes de familias de obreros o empleadas del sector de servicios. Muchas de ellas rompieron con su entorno familiar de origen y cayeron bajo la dependencia de un proxeneta, o eligieron la prostitución por cuenta propia al no tener otra alternativa.

¹⁶ COSTES-PÉPLINSKI, *op. cit.*, pág. 77.

¹⁷ COSTES-PÉPLINSKI, *op. cit.*, pág. 80.

¹⁸ *Vid.* TRUYOL Y SERRA, A. (dir.), *Código de Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y notas de Lara Peinado*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 22, 30-32 y 119.

¹⁹ MATHIEU, L., «Prostituées et féministes en 1975 et 2002: l'impossible reconduction d'une alliance», en *Travail, Genre et Sociétés*, 10 (2003), 31-48, págs. 38-40. Aunque el análisis que reproducimos en los párrafos siguientes se apoya en un estudio realizado en Francia, se observa un claro paralelismo con la evolución del fenómeno en España.

En los años 80, surgen otras tendencias que alteran el perfil nacional predominante. Por un lado, se detecta un mayor número de personas prostituidas que se ocupan de sus negocios independientemente de los proxenetas, pues estos últimos sufren persecución por las autoridades de los Estados. Por otro lado, se multiplican los casos de prostitución de los travestís, que salen de la sombra y ocupan una parte del mercado, haciéndose con los clientes. Además, aparece una nueva forma de prostitución, principalmente femenina, marcada por una extrema precariedad. Se trata de las drogodependientes. En muchos casos, este perfil se caracteriza por la ausencia de un domicilio fijo y un estado de salud deplorable. Ejercen la prostitución en zonas conocidas como destinadas a esta actividad, pero no mantienen contacto alguno con las mujeres prostituidas de los tiempos anteriores, ni comparten su experiencia y reglas de juego. Es más, la situación lamentable en que se hallan las obliga a exponerse al riesgo y a aceptar cualquier condición que les permita adquirir, con la mayor rapidez posible, el estupefaciente del que dependen. Como consecuencia del alto riesgo de su actividad, estas personas se convierten en las principales víctimas del SIDA y en el blanco de las organizaciones de prevención de esta enfermedad creadas en los años 90.

La década de los 90 trae consigo otra peculiaridad: la llegada masiva de las jóvenes de los Estados de Europa Central y Oriental. En sí, la prostitución de los inmigrantes no constituía una circunstancia nueva ni excepcional para Europa Occidental. En las décadas ya analizadas, tanto Francia como España han conocido olas de travestís procedentes de América Latina y, más tarde, de África. No obstante, a partir de la disolución del bloque soviético, la prostitución empezó a asociarse con la inmigración y, sobre todo, con la inmigración ilegal. Se crearon unas redes criminales para el traslado y la introducción de inmigrantes irregulares en el mundo de la prostitución.

La situación de las mujeres inmigrantes prostituidas presenta unos rasgos comparables con la de las drogodependientes, antes descrita, por su particular gravedad. Los factores de vulnerabilidad superpuestos son: la juventud de las víctimas, la dependencia económica, el estatuto irregular, el entorno desconocido, el engaño o la frustración de las expectativas, aunque de entrada existiese el consentimiento de prostituirse. En suma, la denuncia de esta situación en los medios de comunicación politiza el debate y resucita la temática de la «trata de blancas», olvidada desde los comienzos del siglo XX.

Hoy en día, podemos reafirmar que la prostitución «existe», pero existe en formas distintas²⁰: las mujeres prostituidas, digamos, «tradicionales» y nacionales del país en que se encuentran; las que ejercen la prostitución por su cuenta y por cuenta ajena; las que, en supuestos muy puntuales, cuentan con ingresos considerables, y, en la mayoría de los casos, no tienen otra salida, son rehenes de su entorno y venden su cuerpo para sobrevivir; los travestís; las drogodependientes; las mujeres inmigrantes en situación irregular y de dependencia económica; las mujeres objeto de trata en circunstancias que se aproximan a la esclavitud. Es evidente que caben las combinaciones de los perfiles descritos, y que no son exhaustivos.

²⁰ En la misma línea del análisis anterior, R. NIETO RUBIO, Presidenta de la Asociación para la atención, prevención y reinserción de la mujer prostituida (APRAM), distingue tres tipos de mujeres prostituidas: el ama de casa, producto de la necesidad económica provocada por una situación de paro, malos tratos o separaciones; la toxicómana y la inmigrante. CORTES GENERALES, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, n.º 478, 15 de septiembre de 2003, NIETO RUBIO, R., en Comparecencias celebradas durante la VI Legislatura, pág. 5.

Al reconocer la existencia de la prostitución como *statu quo*, habría que plantearse si, teniendo en cuenta la variedad de las situaciones, es posible configurar una regulación jurídica genérica o una regulación parcial y selectiva, sin implicaciones negativas para los supuestos más graves.

2. Liberalismo político.

Situándonos en el contexto histórico y social actual, debe reconocerse que la sociedad contemporánea se encuentra sometida a las tensiones y contradicciones provocadas por la paulatina profundización en un proceso multidimensional de globalización, el cual, a pesar de su carácter interactivo e interdependiente, no deja de presentar una dimensión económica fundamental, así como un paradigma ideológico dominante, de corte neoliberal²¹. En particular, la desaparición del bloque socialista ha impulsado la vuelta a esta hipótesis como nuevo paradigma, basado en la valoración y la promoción de los intereses individuales y de los grupos sociales²².

En este sentido, es difícil no fijarse en un cierto paralelismo entre la oposición de las corrientes teóricas del liberalismo e intervencionismo en el plano económico y la oposición entre el pragmatismo y el idealismo en el debate sobre la prostitución. Es más, la oposición que analizamos en este estudio se sitúa en un contexto filosófico más amplio. Como nos ilustra B. RUSSELL en su *Historia de la filosofía*, el primitivo liberalismo era optimista y activo, pues representaba fuerzas crecientes que parecía que iban a obtener la victoria sin gran dificultad y traer con ella grandes beneficios para la humanidad²³. De este modo, se oponía a todo lo medieval y procuraba poner fin a la lucha política y teológica con objeto de liberar energías para las empresas del comercio y la ciencia, tales como la Compañía de las Indias Orientales y el Banco de Inglaterra, la teoría de la gravitación y el descubrimiento de la circulación de la sangre²⁴.

Desde sus inicios, y junto con su carácter revolucionario e innovador, el liberalismo queda asociado con el individualismo. Al respecto, RUSSELL matiza: «El liberalismo primitivo era individualista en las cuestiones intelectuales y también en las económicas, pero no fue emocional ni moralmente afirmativo de la individualidad»²⁵. Asimismo, uno de los principales problemas que el movimiento busca resolver es un método para conciliar el individualismo intelectual y moral con la vida social ordenada. En definitiva, el sustrato último de toda discusión de filosofía política consiste en reconciliar la subjetividad y la generalidad, o, si se quiere, el individuo y la comunidad²⁶.

²¹ Vid. FALK, R., *La Globalización Depredadora. Una crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2002, págs. 1-15; BONET PÉREZ, *op. cit.*, pág. 93.

²² JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, pág. 37.

²³ RUSSELL, B., *Historia de la filosofía*, RBA, Barcelona, 2005, págs. 645 y ss.

²⁴ RUSSELL, *op. cit.*, pág. 646.

²⁵ RUSSELL, *op. cit.*, pág. 648.

²⁶ VALLESPÍN, F., en la Introducción a HABERMAS, J.; RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona y otras ciudades, 1998, pág. 12.

En su ir y venir continuos, las corrientes teóricas llevan a lo que se denomina el ideal del Estado liberal moderno con sus características, más propias, por cierto, de un Estado de Derecho que de un Estado liberal. Al respecto, cabe citar las siguientes: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la administración y los derechos y libertades fundamentales²⁷. No obstante, en el proceso de desarrollo formal del llamado Estado liberal se observan unas carencias manifiestas, en el seno de las características mencionadas²⁸. De todas ellas, parece importante detenerse en la tensión entre la libertad y la igualdad. Resulta evidente que el Estado liberal, plasmado jurídicamente en el Estado de Derecho, atribuye una mayor importancia a ciertos valores como la libertad personal y económica, la propiedad privada y la seguridad jurídica. Estos postulados predominan sobre la igualdad, reducida a una simple igualdad ante la ley, y desprovista de contenido social. Con todo, el Estado deja la vida socio-económica a la libre regulación según la ley de la oferta y la demanda. Como consecuencia de la ausencia de intervención estatal, excepto el mantenimiento del orden público, tiene lugar una explotación de los trabajadores sin precedentes. Estos se ven obligados a vender su trabajo en las condiciones de un mercado que se guía tan solo por la lógica del beneficio. Por otro lado, el sistema permite ofrecer salarios de mera subsistencia, e imponer un régimen de trabajo inhumano. En definitiva, y a pesar de la libertad proclamada, la mayoría de las personas experimentan más bien una disminución de su seguridad económica, relativa y absoluta. Paradójicamente, en su afán de reconciliar la libertad con la seguridad, la dinámica de las relaciones económicas conduce a la transformación de la estructura y el funcionamiento del Estado liberal. Desde el siglo XX se aprecia un incremento de la intervención estatal en el campo socio-económico, regulando primero las condiciones de trabajo, estableciendo después las prestaciones sociales, y convirtiéndose el Estado, por último, en un agente económico²⁹. En este modelo, se potencia el principio de igualdad, entendido desde un punto de vista material, a través de los derechos económicos y sociales, los deberes constitucionales y la intervención del Estado en la vida económica. No obstante, la tutela de los derechos y libertades fundamentales se ve amenazada por la creciente omnipresencia estatal. Y, de nuevo, se reclama una mayor libertad.

No es de extrañar que, en la etapa actual, cuando se trata de la prostitución, el tenor general de la retórica liberal sea la «elección libre».

3. Libre desarrollo de la personalidad.

El tema de la prostitución se enmarca en el debate general sobre los derechos fundamentales de todo ser humano y, más en concreto, de los derechos de la mujer. Debe advertirse que, en la temática que nos ocupa, el recurso a los derechos humanos no lleva necesariamente a las mismas conclusiones. En particular, la invocación del libre desarrollo de la personalidad permite argumentar la existencia de la prostitución, tolerarla y, más aún, llegar a establecer un marco legal laboral para esta actividad.

²⁷ DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid, 1973, pág. 127; GARCÍA COTARELO, R. (comp.), *Introducción a la teoría del Estado*, Teide, Barcelona, 1981, pág. 60.

²⁸ En lo que se refiere a las incongruencias del Estado liberal, remitimos al estudio de KÜHNEL, R., *Liberalismo y fascismo, dos formas de dominio burgués*, Fontanella, Barcelona, 1978, págs. 56-76.

²⁹ GARCÍA COTARELO, *op. cit.*, pág. 63.

El libre desarrollo de la personalidad se halla vinculado íntimamente a la dignidad de la persona. Además, une dos conceptos de suma relevancia y complejidad: la personalidad y la libertad. El planteamiento del artículo 10.1 de la Constitución española permite distinguir entre dos dimensiones del concepto de personalidad: estática y dinámica³⁰. La primera se aproxima a la dignidad, hasta el punto de identificarse con esta. Con otras palabras, en cuanto tal, la persona está dotada de dignidad en razón de su personalidad, y viceversa, en todo momento de su vida, anterior o posterior al nacimiento, incluso después de su fallecimiento. En su dimensión dinámica, la personalidad comprende la realización, el desarrollo y el perfeccionamiento en el tiempo. Desde esta segunda perspectiva conceptual, ya no se observa una identidad entre la personalidad y la dignidad, pues mientras la personalidad evoluciona, la dignidad sigue siendo la misma. No obstante, se mantiene un vínculo estrecho entre ambos conceptos, lo que resulta fundamental para el objeto del presente estudio: el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad. Podría afirmarse que la violación de estos derechos no solo atenta contra el desarrollo de la personalidad, sino contra la personalidad misma y, por tanto, contra la dignidad. Hay que advertir que el principio del libre desarrollo de la personalidad parece algo más complejo y, desde luego, menos estudiado que el de dignidad. Por un lado, en el Derecho constitucional español, este primero se configura como una derivación del segundo; pero, por otro, y como fruto de una interpretación jurídica independiente, ocupa su propio espacio vital, hasta llegar a una oposición conceptual con la dignidad. En este sentido, para el objeto del presente estudio, debe insistirse en que la dignidad se aduce para condenar la prostitución, mientras que el libre desarrollo de la personalidad, si no para justificarla y legalizarla, al menos para tolerar el fenómeno.

El libre desarrollo de la personalidad es una de las múltiples importaciones españolas del Derecho constitucional alemán y, más en concreto, del artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn³¹. No obstante, la idea en sí no es alemana, pues se remonta a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, donde se afirma que todo ser humano posee el derecho innato a la «búsqueda de la felicidad»³². De este modo, la búsqueda de la felicidad y la libertad de desarrollo implican que

³⁰ En lo que se refiere a las dos dimensiones de la personalidad, seguimos el razonamiento de ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, pág. 50.

³¹ El artículo 2, apartado (1), de la Grundgesetz dispone: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». *Vid.*, en la doctrina alemana, BADURA, P., *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1986, pág. 87 ss.; KUNIG, P., «Art. 2», en MÜNCH, I. y KUNIG, P. (coords.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1 (Präambel bis Art. 20), 4.ª edic., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, págs. 143 ss.; JARASS, H.D., «Art. 2», en JARASS, H.D. y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª edic., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, págs. 40 ss.; BENDA, E., «Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht», en BENDA, E.; MAIHOFFER, W. y VOGEL, H.J., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, 2.ª edic., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1994, págs. 160 y ss.; MURSWIEK, D., «Art. 2», en SACHS, M. (coord.), *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, págs. 133 y ss., y DREIER, H., «Art. 2», en DREIER, H. (coord.), *Grundgesetz. Kommentar*, Band I, Artikel 1-19, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 164 y ss. y, en la doctrina española, por todos, DIEZ PICAZO, L.M.ª, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, págs 69 y ss.

³² En la Declaración, puede leerse: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrezca las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad».

cada persona puede trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin interferencias del Estado, salvo para salvaguardar los derechos similares de otras personas. El hecho de la importación que acabamos de exponer nos sirve para matizar una vez más la repercusión del principio en el objeto de estudio. Es significativo que la idea provenga del sistema jurídico estadounidense, donde la prostitución está prohibida y, por tanto, no se considera como un posible «camino hacia la felicidad de la persona», en que el Estado no deba intervenir. Pero no es menos significativo que, en el sistema jurídico alemán, el mismo principio inspira la opción jurídica contraria, esto es, la de legalizar la prostitución. Ahora bien, en ambos casos, los Estados no permanecen al margen del fenómeno, sino que adoptan unas posturas activas: la prohibición y la legalización. Curiosamente, la no intervención del Estado es la principal virtualidad de la idea del libre desarrollo de la personalidad³³. En palabras de L.M.^a Díez Pícazo, el principio «no consiste tanto en permitir que nuevos valores o bienes jurídicos accedan a la protección... como en establecer una auténtica cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico»³⁴. En rigor, la cláusula general de libertad es una idea esencialmente liberal, tanto desde un punto de vista filosófico como histórico. El establecimiento explícito de una cláusula general de libertad supone para el legislador no solo el papel de intérprete de esta, sino la imposición de sus límites. En este sentido, el representante del liberalismo temprano J. Locke escribió unas líneas que hoy resultan válidas y significativas: «Pero aunque este (el estado de naturaleza) sea un estado de libertad, no es, sin embargo, un estado de licencia; aunque el hombre en este estado tiene una libertad incontrolable para disponer de su persona... no tiene, sin embargo, libertad para destruirse a sí mismo...»³⁵.

A partir del discurso liberal, podría construirse la siguiente cadena de razonamientos. En primer lugar, toda persona tiene el derecho a no ser sometida a tratos inhumanos y degradantes y, por tanto, deben combatirse todas las formas de tráfico y de trata de personas que conllevan este tipo de prácticas. En este sentido, quedan prohibidas legalmente todas las formas de prostitución «forzada». En segundo lugar, y como resultado de lo anterior, cabe distinguir entre la prostitución «forzada» y «libre»³⁶. En tercer lugar, la legalización de la prostitución «libre» permite combatir el tráfico y la trata, dado que el libre ejercicio de la prostitución queda visible a los efectos legales y reduce la necesidad de acudir a vías ocultas, donde la persona prostituida corre serios riesgos de abusos. Paralelamente, la industria del sexo se somete a las normas legales, que debe aplicar a sus trabajadores. Asimismo, la persona prostituida no solo gana en seguridad frente a los riesgos de ser sometida a tratos inhumanos, sino en su proyección futura, al adquirir las garantías de un trabajador y, por tanto, de un miembro de la sociedad. De este modo, se destruye el estigma de víctima y se reafirma la dignidad de la persona.

³³ Díez Pícazo, *op. cit.*, pág. 70.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Cit. por Russell, *op. cit.*, pág. 675.

³⁶ La distinción entre la prostitución «forzada» y «libre» constituye la esencia de la filosofía política en el ámbito de la prostitución en Holanda, uno de los países pioneros en la regularización de esta actividad. Asimismo, la prostitución «libre» queda regulada como trabajo del sexo (*sex work*), mientras que se persiguen como ilegales todas las formas de la prostitución «forzada». *Vid.* Outshoorn, J., «Voluntary and forced prostitution: the "realistic approach" of Netherlands», en Outshoorn, J. (ed.), *The Politics of prostitution: Women's Movements, Democratic States and the Globalisation of Sex Commerce*, Cambridge, 2004, 185-204, pág. 185.

Una vez admitida la posibilidad de la prostitución «libre», el hilo argumental nos lleva a las reflexiones sobre la sexualidad de la mujer y su derecho de control sobre el cuerpo ³⁷. En el plano jurídico y político, la garantía de este derecho forma parte integrante de la autodeterminación de la mujer en distintos ámbitos: la libertad sexual frente al sometimiento mediante el matrimonio; la libertad de elección de la pareja y la independencia económica. En suma, las mujeres eligen la prostitución, al ofrecer servicios sexuales mediante un precio y sin perder su libertad. Sin duda alguna, teniendo en cuenta los aspectos sexual y emocional de estas relaciones, la libertad de consentimiento es una condición esencial en las mismas. Existen muchas formas, históricas y contemporáneas, de actividades consentidas con elemento sexual, organizadas por la sociedad con fines de procreación, reproducción, concepción de la vida humana y satisfacción de los deseos sexuales. Entre estas cabe citar: la lactancia, la prostitución sagrada, la reproducción en el estado de esclavitud, las madres de alquiler, las donantes de óvulos, el sexo comercializado y la reproducción biológica ³⁸. Para W. CHAPKIS, que establece un vínculo entre la prostitución y el trabajo emocional, la persona prostituida realiza un trabajo con una carga emocional importante y, por tanto, es capaz de generar y canalizar la emoción para la transacción comercial y, en consecuencia, de desvincular el trabajo de la vida privada ³⁹. Desde este punto de vista, la prostitución es comparable con otros empleos, como los de azafata, masajista o pediatra. Presentada mediante el carácter emocional de las actividades, la conexión entre la prostitución y otras profesiones sirve para invocar el argumento de la vocación para ciertos trabajos. Asimismo, la prostitución la eligen personas con una determinada identidad sexual, y les permite realizarse de forma más completa y adecuada. Incluso la prostitución puede presentarse como una manera audaz de liberación personal.

4. Actividad profesional por cuenta propia.

Tras admitir la prostitución como una vía posible del libre desarrollo de la personalidad, el segundo paso sería reconocer que la situación de vacío legal puede favorecer los abusos y, por tanto, buscar una forma para concebir la prostitución como una actividad profesional ⁴⁰. Hasta aquí, el planteamiento parece lógico y coherente. No obstante, teniendo en cuenta la peculiaridad de la materia objeto de regulación, el próximo paso nos enfrenta con un dilema difícil de superar. Con buen criterio, afirma J. M. TAMARIT SUMILLA que la reglamentación de la prostitución supone renunciar al objetivo de erradicarla ⁴¹. De este modo, no ya en el plano del debate filosófico, sino oficialmente, se acepta que no se ha conseguido, ni es realista pensar que se consiga combatir esta práctica. Una vez asumido el fracaso, se añade que el reconocimiento legal de la prostitución es una especie de

³⁷ CORRIN, C., « Le trafic des femmes dans l'Europe du Sud-Est. Particularités locales, généralités internationales », *Prostitution: marches, organisation, mobilisation; Travail, Genre et Sociétés*, 10 (2003), 31-48, págs. 83-106, pág. 88.

³⁸ KEMPADOO, K., en DOEZEMA, J. (dir.), *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, Routledge, New York, pág. 4.

³⁹ CHAPKIS, W., *Live Sex Acts: Women Performing Erotic*, Labour Routledge, 1997, pág. 76.

⁴⁰ Sobre los posibles modelos de regularización de la prostitución, véase el excelente informe, que nos ha aportado un material para la reflexión, de TAMARIT SUMILLA, J.M., en: CORTES GENERALES, SENADO, Ponencia ante la Comisión especial sobre la prostitución, sesión de 7 de octubre de 2002, 7-14, disponible en: <http://www.senado.es> (consultado el 4 de abril de 2004); *Vid.* también, OUVRRARD, *op. cit.*, 130-147.

⁴¹ TAMARIT SUMILLA, *loc. cit.*, pág. 10.

«mal menor», una realidad que se tolera socialmente, pero que no resulta de agrado. En este sentido, se introduce la idea de que renunciar a erradicar la prostitución no es incompatible con desincentivar su práctica, con intentar reducir sus efectos, con favorecer el abandono por parte de las personas que la ejercen. Tal vez quepa admitir la convivencia legal de la renuncia a eliminarla con las medidas citadas, pero es difícil aceptar la coexistencia de estas con la regularización de la prostitución como actividad profesional. Por muy banal que parezca el inciso, toda actividad profesional merece respeto y no debe conllevar, por tanto, medidas de desincentivación. Enseguida viene a la memoria la célebre *Bola de sebo* de Maupassant, con la siguiente enseñanza: en algunas circunstancias, la prostituta resulta útil para la sociedad y se hace uso de ella; pero, satisfecha la necesidad, continúa el desprecio hacia la persona.

Es evidente que la sociedad contemporánea está acostumbrada a un doble estándar en los discursos político y legal. Valga de ejemplo la política de inmigración en España, que contempla, en el ámbito laboral, la remuneración del trabajador inmigrante en situación irregular y, a la vez, en el ámbito administrativo, la posibilidad de repatriación⁴², supuesto aplicable a un hipotético «trabajador del sexo» en situación irregular. No obstante, el ejemplo expuesto nos sitúa en dos contextos legales distintos. En cambio, en una hipotética ley integral sobre la prostitución, la exposición de motivos tendría que contemplar, en el mismo cuerpo legal, la justificación de la legalización de la prostitución como actividad profesional y la necesidad de rescatar o desincentivar de esta práctica⁴³. En definitiva, sería un razonamiento jurídico digno de un cínico o de un demagogo virtuoso. Para salvar la congruencia del planteamiento, parecería más apropiado contemplar unas mediadas de reorientación profesional, como en el caso de cualquier otra profesión.

Una de las dos vías posibles de regulación del ejercicio de prostitución sería una legalización limitada. Se trata de una propuesta moderada, consistente en concebir la prostitución como una actividad laboral por cuenta propia⁴⁴. El punto de apoyo de este modelo podría deducirse de la conocida STJCE de 20 de noviembre de 2001, en el asunto C-268/99⁴⁵. No obstante, la sentencia no exhorta a los Estados miembros de la UE a legalizar la prostitución. Muy al contrario, su planteamiento es discreto y respetuoso: «... como ha declarado el Tribunal de Justicia, no le corresponde sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente»⁴⁶. Con todo, el TJCE reconoce que «en la mayoría de Estados miembros la prostitución no está prohibida en cuanto tal y las prohibiciones se refieren más bien a determinados fenómenos que la rodean, como la captación de clientes, el tráfico de mujeres, la prostitución de menores, el proxenetismo y la estancia clandestina de trabajadores...

⁴² Vid. GIL Y GIL, J.L. y USKAKOVA, T., «Inmigración y Derecho del Trabajo», *Capital Humano*, n.º 177, mayo de 2004, págs. 104 a 105 y, en la doctrina judicial, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997 (Ar. 34), que declara la nulidad del contrato de trabajo, por ilicitud de la causa, pero aplica el artículo 9.2 ET.

⁴³ Vid., de nuevo, TAMARIT SUMILLA, *loc. cit.*, pág. 10. El autor aboga por la necesidad de elaborar una ley integral o global sobre el problema.

⁴⁴ TAMARIT SUMILLA, *loc. cit.*, págs. 10-11; OUVREARD, *op. cit.*, págs. 130-133.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, *Relaciones exteriores – Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia y Comunidades/República Checa – Libertad de establecimiento – Concepto de actividad económica – Inclusión o no de la actividad de prostitución*, en el asunto C-268/99 sobre una decisión prejudicial. La jurisprudencia del TJCE puede consultarse en: <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/>... (consultado el 4 de febrero de 2004), pág. 18.

⁴⁶ Punto 56 de la sentencia, pág. 13.

Pues bien, lejos de estar prohibida..., la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de Estados»⁴⁷. Pese a la ligera insinuación de que su criterio no coincide con la de los legisladores de los Estados miembros de la UE donde está legalizada la prostitución, el TJCE afirma de manera inequívoca que «la actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos ("actividades económicas por cuenta propia" y "actividades no asalariadas")»⁴⁸, respectivamente, de los artículos 44. 4 (a) y (i) del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia y 45.4 (a) y (i) del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y la República Checa y el artículo 52 del Tratado de la Comunidad Europea. Ofrecida esta interpretación de los artículos correspondientes de los Acuerdos de asociación y del propio Tratado constitutivo, el TJCE enumera los tres requisitos que pueden permitir a los jueces nacionales verificar y admitir el derecho de establecimiento de las personas que ejerzan la prostitución por cuenta propia. Entre estos, se encuentran: la ausencia de vínculo de subordinación, por lo que respecta a la elección de dicha actividad y a las condiciones de trabajo y de retribución; la responsabilidad propia, y la remuneración que se paga íntegra y directamente. Cabría decir que, con ello, se sientan las bases para la regulación de la prostitución como una actividad profesional por cuenta propia⁴⁹.

Al adoptar esta forma legal, la prostitución se asemeja a cualquier otra profesión liberal⁵⁰, es decir, la escritura, la pintura, la arquitectura o la abogacía, y se reduce a una simple relación contractual entre el cliente y la persona que se prostituye. De este modo, el ejercicio profesional a título individual no contempla la figura del proxeneta, y deja al legislador y al juez un amplio margen para perseguir y penalizar las distintas formas de proxenetismo. Es más, según ese modelo, en nombre de la libertad de ejercicio, el poder público puede llegar a prohibir el mantenimiento de los clubes de prostitución y la explotación de la prostitución ajena, incluso sin coacción o violencia. Por otro lado, la figura de la actividad profesional por cuenta propia puede supeditarse a una autorización por parte de los poderes públicos. De este modo, el ejercicio de la actividad queda sometido a un control indirecto, mediante un procedimiento administrativo de colegiación, licencia o permiso. Como observa L. OUVARD, caben dos vías para dicho procedimiento: el permiso, que no está sometido a ninguna condición legal, y que permite a las autoridades recurrir a un planteamiento discrecional, o la autorización sujeta a una serie de reglas, caso más frecuente en la práctica⁵¹. Las condiciones tasadas pueden incluir: la mayoría de edad, el domicilio, la nacionalidad, la formación profesional, o el certificado médico.

⁴⁷ Puntos 52 y 57 de la sentencia, pág. 13.

⁴⁸ Punto 50 y declaración final del TJCE, págs. 12 y 17.

⁴⁹ En nuestro país, al analizar la licitud de la asociación de empresarios Mesalina, la SAN de 23 de diciembre de 2003 (Ar. 3692) invoca la libertad de empresa, y señala que «al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica, por razones causales (chalanceo prestacional) o por el objeto del intercambio sino solo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitado –menores o incapaces–, sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces. La regulación es pues clara. En el Estado democrático de Derecho se rechaza, el atentado a la libertad, pero no el ejercicio de esta».

⁵⁰ Así, en el modelo neerlandés, las personas que ejercen la prostitución a título independiente se someten al mismo régimen que los otros trabajadores por cuenta propia. *Vid.* SENAT, Les documents de travail du Senat, «Le régime juridique de la prostitution», *Serie Legislation comparée*, n.º LC 79 (2000), pág. 34, disponible en : <http://www.senat.fr/europe/lc79.pdf> (consultado el 20 de febrero de 2007).

⁵¹ OUVARD, *op. cit.*, págs. 131-132.

Cabe señalar que la exigencia de una autorización y, por tanto, el establecimiento de un registro oficial de las personas que ejercen la prostitución, entra en contradicción con el artículo 6 de la Convención de la ONU de 1949, para la represión de la trata de las personas y la explotación de la prostitución ajena⁵², que reza: «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». Tal vez para justificar la postura de los países que contemplan tales registros, se podría matizar que la Convención pone el acento en fines distintos a la profesionalización de la actividad, a saber, de vigilancia o notificación. Sin embargo, parece evidente que un trámite ante las autoridades policiales posee una clara connotación de control y supervisión.

En este sentido, es ilustrativo el caso de Grecia, que no es parte en la Convención de 1949⁵³. Las mujeres que deseen ejercer la prostitución deben presentar una declaración ante la policía, que recibe el nombre de declaración de establecimiento o de permiso de estancia. Después del estudio, se dirige la solicitud al prefecto, que oficialmente califica a la solicitante como persona prostituida y, a continuación, las autoridades administrativas le conceden el permiso de ejercer esa actividad. La legislación griega admite la prostitución de mujeres mayores de edad, con estatuto civil de solteras, divorciadas o viudas, excluyendo el acceso a la actividad para las mujeres casadas. El ejercicio queda sometido a unas condiciones, como la prohibición de realizar actividades en las casas de prostitución a escala comercial y colectiva, o la obligación de disponer de una entrada separada de otros usuarios de los edificios para los apartamentos donde se ejerce la prostitución. La violación de tales reglas conlleva sanciones o la revocación definitiva del derecho de ejercicio profesional. Corresponde al prefecto la competencia para decidir al respecto, previo dictamen de los comisarios de policía. Para evitar la arbitrariedad policial, la decisión cuenta con la opinión de un comité especial, compuesto por un oficial de policía, un médico y un trabajador social.

El modelo analizado cuenta con sus ventajas e inconvenientes. Entre las primeras, podría mencionarse la flexibilidad y la relativa facilidad para el legislador, tratándose tan solo de una relación bilateral, sin la intervención de un tercero. Podría resultar más aceptable socialmente que la persona prostituida se responsabilizase de su actividad plenamente, y que ninguna otra persona obtuviese ganancias de ella. No obstante, esta ventaja se presenta como ilusoria, al ignorar la existencia de otras formas de prostitución. La regulación sería incompleta sin tener en cuenta la prostitución a través de una contratación o una enajenación. En todo caso, sería complicado llevar a cabo un control efectivo de las condiciones de ejercicio de estas actividades en los términos prescritos. Asimismo, la legalización de la prostitución como actividad profesional por cuenta propia comprendería un marco jurídico parcial, a caballo entre la tolerancia y la regularización.

⁵² El 8 de agosto de 2008, 81 Estados son parte en la Convención de 1949, entre ellos España, Francia e Italia. Como es lógico, no participan Alemania, Holanda, Reino Unido y Estados Unidos. El texto de la Convención y otra información al respecto puede consultarse en: <http://www.untreaty.org/>... (visitado el 25 de marzo de 2007).

⁵³ *Vid. OUVRARD, op. cit.*, pág. 132.

5. Actividad profesional por cuenta ajena.

Si se llevase a sus últimos límites la premisa de la existencia de la prostitución, un planteamiento más atrevido sería aceptar la legalización de la prostitución no solo por cuenta propia, sino también por cuenta ajena. Este modelo, por así decirlo completo, es propio de las legislaciones alemana y holandesa. En el modelo de la prostitución como actividad profesional por cuenta ajena, la principal preocupación del legislador se centra en la regulación del contrato. No obstante, antes de entrar en las particularidades de la relación contractual, debe comprobarse que la admite el ordenamiento jurídico. En este sentido, ha de asegurarse que un contrato de estas características no corra el riesgo de considerarse nulo por causa ilícita y, más en concreto, por atentar *contra bonos mores*⁵⁴.

A diferencia del modelo analizado en el epígrafe anterior, en esta relación está presente un tercero. Por tanto, la persona prostituida mantiene un vínculo contractual con el proxeneta, que obtiene el estatuto jurídico de empleador o empresario. En estas circunstancias, los requisitos del contrato tienen que estar dirigidos a la protección de la parte más débil de la relación. En tales previsiones podría apuntarse, por ejemplo, que el empresario solo exigiese a la persona que ejerce la prostitución obligaciones de permanencia en el lugar de trabajo durante el tiempo acordado⁵⁵. En esta línea, también sería conveniente prever la no exigibilidad de prestaciones concretas y, en consecuencia, el derecho de rechazar prestaciones concretas por parte de la trabajadora⁵⁶. De esta libertad para aceptar o rechazar determinadas prestaciones, se desprende que la prostitución nunca sería exigible como una opción laboral para que la persona siga beneficiándose de la seguridad social, en el caso de necesidad de inserción en el mercado de trabajo.

⁵⁴ En nuestro país, la jurisprudencia admite la existencia de un contrato de trabajo entre las «señoritas de alterne» y la empresa: cfr. las SSTs de 3 de marzo de 1981 (Ar. 1301), 25 de febrero de 1984 (Ar. 923) y 21 de octubre de 1987 (Ar. 7172) y las SSTSJ del País Vasco de 7 de abril de 1998 (Ar. 2024) y de 13 de noviembre de 2001 (Ar. 2002\1237), Cataluña de 17 de septiembre de 2003 (Ar. 3211), Navarra de 15 de octubre de 2003 (Ar. 4009), 28 de mayo y 29 de diciembre de 2004 (Ar. 2096 y 2005\242) y 30 de junio de 2005 (Ar. 2015), Andalucía/Sevilla de 4 de diciembre de 2003 (Ar. 3638) y Castilla y León/Burgos de 26 y 31 de mayo de 2005 (Ar. 2344 y 2720). Y, asimismo, en el supuesto de una camarera de *top-less* (STSJ de Baleares de 28 de mayo de 1998, Ar. 2122). En este sentido, la STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 (Ar. 2096) dice que «en el presente caso no se afirma por el acta de la inspección la actividad de prostitución de las demandadas, sino simplemente de alterne, que no se puede calificar por sí misma de ilícita; y además es evidente que por el carácter personalísimo y libre de los servicios que se prestan nunca podrán ser exigibles en sí mismos con carácter vinculante o forzoso, debiendo primar la protección social y laboral de las empleadas, cuando consta que realizan una actividad por cuenta ajena en un establecimiento dedicado habitualmente a las actividades de alterne, actividad retribuida por comisión, en beneficio de un empresario que se lucra organizando dicha actividad en un local habilitado al efecto, y que debe asumir en las cargas sociales y laborales de dicha actividad». Al haber un contrato de trabajo, procede la afiliación a la seguridad social (STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de diciembre de 2003, Ar. 3638). Ahora bien, la STSJ de Galicia de 10 de junio de 2002 (Ar. 240936) declara la inexistencia de la relación laboral en el caso de unas prostitutas en casa de citas. Asimismo, a la luz de las circunstancias del caso, y aunque una persona controlase la prestación de servicios, la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2004 (Ar. 2005\56149) considera que no concurren los requisitos del contrato de trabajo en la actividad de unas «señoritas de alterne».

⁵⁵ TAMARIT SAMALLA, *loc. cit.*, pág. 11.

⁵⁶ Durante los debates en la Segunda Cámara del Parlamento neerlandés del *Bill 25437 on the repeal of the brothel ban*, en 1999, se recordó que la prostitución era un «trabajo especial» en un «ámbito excepcional» y «como servicio sexual afectaba directamente a la integridad física y mental relacionada con la sexualidad». Por tanto, considerando restricciones constitucionales, la persona prostituida no estaba obligada a prestar sus servicios si su decisión era no hacerlo. La traducción es nuestra. The parliamentary debate: HTK, 1998-1999, 25437, TK 44, 27-1-99, TK 45, 28-1-99; final vote, TK 49, 2-2-99, citado por OUTSHOORN, *loc. cit.*, págs. 198 y 2004.

En el caso alemán, la protección de la persona que ejerce la prostitución se traduce en que el contrato de prostitución por cuenta ajena se define como una obligación unilateral, obligando más al empresario que a la persona prostituida⁵⁷. De este modo, con la introducción de un tercero, se pierde el carácter inicialmente bilateral en la relación laboral entre la persona prostituida y el cliente, pero no se recupera por completo en la relación que se establece entre la persona prostituida y el proxeneta.

En todo caso, en tal modelo, los establecimientos de prostitución se convierten en empresas, pues se admite legalmente la presencia del ánimo de lucro que todo empresario persigue en la actividad comercial. En cuanto empresas, los clubes quedan sometidos a unas normas legales comunes para el sector empresarial, sobre condiciones de trabajo, seguridad e higiene. Por su parte, los trabajadores tienen que reunir los requisitos legalmente establecidos para ser contratados, como la mayoría de edad, la nacionalidad o el estado de salud. A propósito, es significativo cómo el modelo neerlandés intenta controlar la inmigración ilegal y combatir el tráfico, al prever la penalización de los empresarios del sexo que contraten una persona en situación irregular o una persona sin un grado de integración suficiente, es decir, que no domine el idioma neerlandés⁵⁸.

Al igual que para la prostitución por cuenta propia, surge la cuestión de la autorización para los establecimientos que ofrecen servicios sexuales. En relación con la autorización, se plantea el problema de la competencia. Como regla general, ningún establecimiento puede abrirse sin el permiso del alcalde o del prefecto que, igualmente, resuelve cerrarlo, aunque, en distintas propuestas legales, concurren las posibilidades de control por parte de las provincias y los municipios vinculados a los efectos fiscales positivos o negativos, según cada parte interesada⁵⁹. De acuerdo con el modelo neerlandés, se propone dejar a las ciudades la competencia para regular la prostitución. Asimismo, cada municipio es competente para diseñar un sistema de autorización para delimitar las zonas destinadas a la actividad, construir los edificios correspondientes y determinar los horarios y el salario mínimo para las personas prostituidas.

Teóricamente, la autorización protege el interés público: las autoridades no pueden aceptar que los clubes de prostitución se establezcan cerca de los colegios o de los parques públicos. No obstante, en la práctica, los establecimientos que no obtienen el permiso oficial funcionan clandestinamente. Cabe citar como ejemplo las estadísticas en Holanda⁶⁰. En Ámsterdam, tan solo cuatro clubes, de los 250 existentes, han firmado los convenios correspondientes con el ayuntamiento, pues los restantes no reúnen las condiciones impuestas por el municipio. En efecto, cuatro quintas partes de las personas

⁵⁷ Cfr. *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG)*, de 20 de diciembre de 2001, *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 74, ausgegeben zu Bonn am 27. Dezember 2001*. Acerca de la ley alemana sobre la prostitución, pueden consultarse: THEBEN, M., *Rechtliche Aspekte der (freiwillig) ausgeübten Prostitution unter besonderer Berücksichtigung gewerberechtllicher Vorschriften und des zivilen Vertragsrechts*, Shaker Verlag, Aachen, 2004, y *Auf dem Prüfstand: Das Prostitutionsgesetz, Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 11/2004, en <http://www.gruene-bundestag.de/cms/publikationen/dokbin/50/50693.pdf>.

⁵⁸ Vid. OUVARD, *op. cit.*, pág. 134 y OUTSHOORN, *loc. cit.*, págs. 196 y ss.

⁵⁹ Vid. OUVARD, *op. cit.*, pág. 134.

⁶⁰ Citado por OUVARD, *op. cit.*, pág. 135.

prostituidas son extranjeras y, de entre estas, la misma proporción está en situación irregular⁶¹. De ahí que haya fracasado la pretendida profesionalización del sector, y que persista la clandestinidad en el ejercicio de la prostitución.

Huelga señalar que un modelo abierto a todas las formas de prostitución «libre» conlleva posibilidades potenciales para las personas prostituidas, sea cual fuese su situación, de acceder al sistema de derechos y garantías de que goza cualquier trabajador: la sindicación, la negociación colectiva, la protección en materia de salarios y otras condiciones de trabajo. De este modo, los intereses de los trabajadores del sexo ya no los protegerían tan solo las organizaciones feministas o los empresarios del negocio sexual, sino también las propias personas prostituidas.

III. LA PERSPECTIVA IDEALISTA

1. La valoración negativa del fenómeno.

La crítica de la práctica de prostitución se plantea en distintos contextos históricos y jurídicos. Algunos se vinculan con el prohibicionismo o el reglamentarismo, y hoy no resultan aceptables⁶². También es cierto que muchos otros se utilizan para defender los discursos opuestos.

En primer lugar, los orígenes de la tesis prohibicionista se sitúan en una sociedad gobernada e influida por la moral religiosa. En su mayoría, los padres de la Iglesia declaran la incompatibilidad de la prostitución con el cristianismo. En este sentido, la prostitución representa un pecado que debe castigarse. Inicialmente, el argumento con que se introducen los conceptos del pecado y de la pureza se debe al reconocimiento del valor inherente de cada ser humano, y se destinan a defender a los débiles y oprimidos. No obstante, se observa en seguida que la exigencia de la moral sexual no es uniforme para todos y, sobre todo, no es igual para los hombres y las mujeres. El papel de esposa y madre impuesta a la mujer hace incompatible el ejercicio de la prostitución con la sociedad cristiana, y excluye a la persona prostituida de la organización social. Asimismo, para la Iglesia, la prostitución debe desaparecer para la conservación de la institución del matrimonio y el deber de la procreación⁶³.

⁶¹ Estadísticas similares ilustran la situación en otros países donde está reconocida legalmente la prostitución, como Alemania y Australia. *Vid.* RAYMOND, J. G., « Diez razones para no legalizar la prostitución», 13 pág., disponible en <http://www.catwinternational.org> (consultado el 3 de junio de 2004). En este estudio, J.G. RAYMOND (Coalición Internacional Contra el Tráfico de Mujeres) sostiene que la legalización de la prostitución no supone mejora alguna de la situación de las personas prostituidas, sino que fortalece la industria del sexo.

⁶² *Vid.* OUVARD, *op. cit.*, pág. 156 y ss. En los párrafos que siguen, nos hemos apoyado en los datos y argumentos de esta autora.

⁶³ Aún hoy, en el *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, Bilbao, 2005, págs. 624 y 625, puede leerse que «es siempre gravemente pecaminoso dedicarse a la prostitución», aunque «la miseria, el chantaje y la presión social pueden atenuar la imputabilidad de la falta».

Al mismo tiempo, otra parte de la doctrina religiosa acoge a las personas prostituidas como mártires, les concede el perdón y las exhorta al matrimonio y al trabajo para su integración en la sociedad ⁶⁴. Este planteamiento se aproxima o, incluso, coincide con la actual política de inserción de las víctimas de la prostitución. La rebeldía de las propias personas beneficiadas contra estas prácticas se debe al punto de partida equivocado de los benefactores, sean quien fuesen, un religioso, un particular, una institución o un Estado. En la mayoría de los casos, estas prácticas se fundamentan en las creencias religiosas, convencimientos éticos o políticas institucionales, y carecen de la conciencia de la necesidad de ayudar a una persona concreta, con el respeto que cada ser humano merece por el mero hecho de existir, y no por pertenecer a una sociedad determinada.

La segunda razón histórica para prohibir o reglamentar la prostitución es el peligro que ella conlleva para la salud pública. Cabe recordar que las enfermedades venéreas se propagaron y azotaron Europa en los siglos XV y XVI y provocaron la persecución de las personas prostituidas: en vez de suministrar medicinas adecuadas, se empleaban tan solo medios policiales. Parece que, en este ámbito, pese a todos los logros científicos, tampoco se ha avanzado demasiado con el paso del tiempo. El remedio y la enfermedad han evolucionado de forma paralela, con una ventaja evidente para la segunda. Si en la época renacentista de las «grandes cortesanas» la sífilis acababa, sin distinción, con la plebe y con los nobles de la familia real, en la era «informática y nuclear» el SIDA sigue cumpliendo con el mismo cometido en las aldeas abandonadas de África y en las capitales europeas.

En tercer lugar, la prostitución se considera como una actividad social inaceptable. En otras palabras, no puede justificarse como un medio de consecución del bienestar de la persona, ni de satisfacción de sus necesidades vitales. En estos términos, la prostitución se condena en la doctrina marxista. Según K. MARX y F. ENGELS, la prostitución es un producto de la sociedad capitalista, marcada por la explotación de la clase proletaria por la burguesía. La existencia del fenómeno se vincula a la tradición burguesa, con sus rasgos típicos de un matrimonio tardío y de conveniencia y una imagen idealizada de la esposa virgen. El pensamiento marxista denuncia dos formas de prostitución: el matrimonio burgués y la consiguiente búsqueda por el hombre de los placeres con otro tipo de mujer. En esta misma línea, se revela la existencia de la desigualdad entre los dos sexos, caracterizada por el sacrificio de la mujer y la superioridad del hombre ⁶⁵.

⁶⁴ En realidad, la esencia del cristianismo estriba en el amor y en la compasión y el perdón. Junto a la regla de oro de amar al prójimo como a uno mismo (Mt. 22: 34-40, Mc. 12: 28-31 y Luc. 10: 25-29), pueden mencionarse dos de las parábolas más hermosas del Evangelio: la del buen samaritano (Luc. 10: 30-37) y la del hijo pródigo (Luc. 15: 11-32). Jesús no condena a la mujer adúltera, aunque la insta a no pecar más (Jn. 8: 1-11). En nuestros días, la doctrina social de la Iglesia considera la prostitución como una nueva forma de esclavitud. Cfr. PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, Biblioteca de Autores Cristianos y Editorial Planeta, Madrid, 2005, pág. 79. El *Catecismo de la Iglesia Católica* reconoce también que «la prostitución constituye una lacra social» (pág. 624). En la literatura occidental, son numerosos los ejemplos de prostitutas mártires ¿Cómo no recordar a Fantine, en *Los Miserables*, o a Sonia Marmeládova, en *Crimen y castigo*?

⁶⁵ Hemos tomado las referencias de OUVARD, *op. cit.*, pág. 160, quien cita el *Manifiesto del Partido Comunista*, en la versión francesa, publicada en París, 1981, pág. 43.

En cuarto lugar, hay que referirse al argumento criminológico. Existe el convencimiento, también respaldado por los estudios estadísticos, de que la prostitución genera una criminalidad que afecta a las personas implicadas directa e indirectamente ⁶⁶. Por un lado, la persona prostituida, así como el intermediario, puede ejercer la violencia contra el usuario de los servicios sexuales o, viceversa, la persona prostituida es víctima de sus clientes y proxenetas. Por otro lado, aunque el intermediario no se implique, la actividad, por sí sola, crea un ambiente propicio para las conductas delictivas. El ejemplo más frecuente es del drogadicto que se prostituye para conseguir droga. A este caso puntual, cabe añadir la proliferación de las redes de negocio de estupefacientes, de armas, de juego y de ayuda a la inmigración ilegal, que integran la prostitución directamente, o quedan vinculadas a su entorno.

Por último, este breve repaso de los argumentos principales invocados para suprimir la prostitución como fenómeno debe coronarse con el rechazo de ver el cuerpo humano como objeto de comercio, un postulado desarrollado en el pensamiento filosófico, sociológico, histórico y jurídico. Desde esta perspectiva, la persona prostituida se caracteriza como aquella que comercia con su cuerpo ⁶⁷. Tenemos que subrayar que, aunque cada uno es libre para disponer de su cuerpo, existe un valor superior a tal libertad: el respeto a la dignidad humana. Tal y como advierte KANT, «quien comercia con su libertad por dinero actúa en contra de la humanidad» ⁶⁸. En este sentido, debe descartarse el argumento del consentimiento de la persona prostituida. Es más, para muchos de quienes combaten la prostitución, esta solo puede entenderse como un atentado gravísimo a la dignidad e, incluso, a la libertad del ser humano ⁶⁹. Asimismo, no debe diferenciarse entre la prostitución «forzada» y «libre». Tampoco pueden considerarse como compartimentos estancos la «prostitución de niños», la «porno-grafía», el «tráfico» y el «turismo sexual», como si nada tuviesen en común. Como punto de partida, tal distinción constituye un grave error teórico, que conduce a la violencia contra los más débiles. Por tanto, todas estas nociones hay que considerarlas como expresiones diferentes del mismo problema, el de la prostitución. Si el comportamiento voluntario de una persona conduce al desprecio del valor fundamental de la dignidad humana, los poderes públicos deben actuar en su defensa, hasta llegar a proteger el individuo contra sí mismo.

⁶⁶ OUVARD, *op. cit.*, págs. 162-163 y la bibliografía que cita.

⁶⁷ OUVARD, *op. cit.*, pág. 149.

⁶⁸ KANT, I., *Lecciones de ética, op. cit.*, pág. 159. El filósofo de Königsberg añade: «La vida en su conjunto no vale tanto como vivirla con dignidad, esto es, una vida regalada no es más estimable que deshonrar a la humanidad. Tanto el que pone precio a su cuerpo para procurar la diversión de otro como quien paga por ello actúan abyectamente».

⁶⁹ CORTES GENERALES, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, n.º 478, 15 de septiembre de 2003, MIURA, A., en Comparecencias celebradas durante la VI Legislatura, págs. 9 y ss. El *Catecismo de la Iglesia Católica* reconoce también que la prostitución «atenta contra la dignidad de la persona que se prostituye, puesto que queda reducida al placer venéreo que se saca de ella»: cfr. *op. cit.*, pág. 624. En la *Ponencia para elaborar un dictamen informativo sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país, op. cit.*, pág. 21, puede leerse: «Considerar la prostitución como un "trabajo" también entra en colisión con nuestra normativa en materia de derechos laborales y tal como expuso Almudena Fontecha (Responsable de Igualdad del Sindicato UGT) "no caben derechos laborales cuando existe vulneración de los derechos fundamentales"». Y, más adelante, añade: «se debe contemplar la prostitución en el marco del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 2 de Diciembre de 1949, que considera la existencia de explotación sexual aunque exista consentimiento de la víctima; así como con la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el día 2 de febrero de 2006 que insta a luchar contra la idea de que la prostitución es equiparable a un trabajo» (pág. 23).

2. La faceta ética del Derecho.

Debido a su naturaleza, el fenómeno de la prostitución no se presta fácilmente a una respuesta jurídica, a la vez exhaustiva, coherente y eficaz. Además, surge la duda de hasta qué punto los Estados –o, si se quiere, los Estados modernos– pueden pronunciarse al respecto. Un interrogante similar puede plantearse en el Derecho de familia o en el Derecho penal, cuando median aspectos personales o sexuales que el legislador, o en su caso el juez, no tiene por qué entrar a valorar, pues se sitúan en el ámbito ético o moral que se encuentra fuera de alcance del Derecho.

Esta reflexión nos lleva inevitablemente a un debate clásico sobre la relación entre las normas jurídicas y morales ⁷⁰. Es bien sabido que, durante mucho tiempo, y por analogía con el binomio «Derecho y Religión», los dos sistemas estuvieron estrechamente entrelazados, y apenas se planteaba la distinción entre ellos. No obstante, con la evolución del Estado y el pensamiento jurídico, se produce la disociación del Derecho de los restantes sistemas normativos, hasta llegar a discutirse su compatibilidad. Para ilustrar mejor este proceso, se utiliza una representación visual, en la que el Derecho y la moral adoptan en el pasado la imagen de dos círculos concéntricos y, en el presente, la de dos círculos secantes que, en función de las épocas y de los sectores considerados, presentan una superficie mayor o menor de superposición ⁷¹. Por lo tanto, debe admitirse que, con independencia del grado de superposición, el Derecho no puede ser indiferente y desvincularse por completo de la moral de la sociedad a la que regula. Es más, en determinadas ocasiones, la existencia de la moralidad deriva del Derecho ⁷². Ni siquiera a los partidarios más radicales de la separación entre la moralidad y la juridicidad se les ocurre negar el influjo sobre la legislación y la jurisprudencia de «la moral societaria admitida» y de «los ideales morales más generales» ⁷³.

En el supuesto que nos ocupa, el dilema entre lo jurídico y lo moral conduce, a su vez, al problema de la creciente heterogeneidad de la moral. Con otras palabras, se trata de un progresivo fraccionamiento de la moral colectiva en una pluralidad de morales segmentarias, que se distribuyen según los grupos (los jóvenes, las feministas, los inmigrantes, «los empresarios del sexo», etc.). Por si fuera poco, estas morales colectivas fragmentadas entran en conflicto con las convicciones morales individuales y con otras, con pretensiones críticas, que aspiran a la universalidad.

Los elementos morales están presentes en los sistemas jurídicos de los Estados, de forma explícita o implícita. El ejemplo más manifiesto es la Constitución de los Estados Unidos, que integra explícitamente, entre los criterios últimos de validez jurídica, los principios de la justicia y los valores morales positivos. En este sentido, destaca una coherencia perfecta entre la disposición constitucional y la postura prohibicionista que adopta este Estado en relación con la prostitución. Tal

⁷⁰ No es objeto del presente estudio profundizar en la problemática apuntada, sino detectar la incidencia de esta en la regulación de la prostitución. Este apartado se apoya en el trabajo de VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, traducido por HOYO SIERRA, I., Universidad Complutense, Madrid, 1997, en particular, las págs. 154-161, así como en los autores que citan.

⁷¹ Vid. PASQUIER, C. du, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4 ed., París, 1967, pág. 317; VIRALLY, M., *La pensée juridique*, París, 1964, pág. 27, VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *op. cit.*, pág. 155.

⁷² BENTHAM, J., «Traité de législation civile et pénale», en DUMONT, E. *Œuvres de J. Bentham, juris-consulte anglais*, t. I, Bruxelles, 1829, pág. 39, VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *op. cit.*, pág. 155.

⁷³ VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *op. cit.*, pág. 157.

radicalismo no es habitual en Europa. Sin embargo, la interpretación que los jueces hacen de la ley no es ni meramente mecánica ni aleatoria. Muy a menudo, su juicio está dirigido por el criterio de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que no pretenden sembrar la injusticia o atentar contra los principios morales establecidos⁷⁴. En el ámbito penal, una determinada conducta puede considerarse contraria al orden público. A su vez, en el ámbito civil, mercantil o laboral, una cierta causa del contrato puede calificarse como ilícita.

Esta última referencia resulta de gran utilidad en el análisis del fenómeno que nos ocupa. Como es bien sabido, el liberalismo económico inspira la existencia de unos requisitos mínimos para que se concluya un contrato. Basta con que las partes tengan la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y de alcanzar un acuerdo suficiente, sin ningún otro requisito⁷⁵. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos nacionales recogen unos requisitos de carácter general. Así ocurre en el caso de España, que se sitúa en la misma línea que Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Portugal, cuando establece que el objeto del contrato constituye un requisito de su validez⁷⁶. Esa limitación sirve para impedir que puedan considerarse como contratos aquellos en que una de las partes pueda fijar arbitrariamente el contenido de su obligación o de la obligación de la otra parte. Aunque, en definitiva, la nulidad del contrato por ilicitud del objeto y las normas que acarrear nulidad no añaden nada a las normas sobre la causa ilícita y aquellas otras en que la ley imperativa se coloca como un valladar insuperable para la autonomía de la voluntad⁷⁷.

⁷⁴ HART, H.L.A., *Le concept de Droit*, traducción al francés de VAN DE KERCHOVE, M., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pág. 244, y VAN DE KERCHOVE, M. y OST, *op. cit.*, pág. 157.

⁷⁵ Así, bajo la rúbrica «Condiciones para la conclusión del contrato», el artículo 2.101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos dispone:

«(1) Se concluye un contrato si:

- a) Las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y,
- b) Han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito».

En ese párrafo, seguimos el razonamiento de Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 171 y ss.

⁷⁶ En esta línea, debe señalarse la fórmula «negativa» que opera en el artículo 1.271 del Código Civil español: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.»

⁷⁷ En el derecho italiano, GALGANO considera que el contrato de prostitución es contrario a las buenas costumbres, porque convierte a la actividad sexual en el objeto de una obligación, no porque prevé una contraprestación. Critica así el planteamiento tradicional de la jurisprudencia, que declara la ilicitud de la causa de ese contrato: cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale, Volume secondo, Le obbligazioni e i contratti, Tomo Primo, Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, CEDAM, Padova, págs. 277 y 278. En nuestro país, en el voto particular a la STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de diciembre de 2003 (Ar. 3638), puede leerse que, «partiendo de tales premisas, nuestro parecer es, en síntesis, que se aprecian en el caso las notas de una relación laboral regulada por el artículo 1.1 ET, pero que en tal relación existe un objeto ilícito, lo que determinaría la ineficacia o nulidad del contrato. Tal ilicitud deriva del grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas, en concreto, de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede hacerse efectivo si al recurrente, dueño del local se le reconocen las facultades y derechos derivados de la condición de empleador y, con ello, los poderes directivos y organizativos, pues supondría la posibilidad de exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aun en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución, se trata de que calquemos con cánones éticos la actividad, así no decimos que sea inmoral o contraria a las buenas costumbres, sino de ilicitud, por contraria a la ley, de la actividad empresarial que facilita el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que esta sea forzada y no libre».

Por lo que hace a la causa, es conveniente separar, por una parte, lo que puede llamarse la tradición escolástica y pedagógica y, por otra, los contenidos normativos. De entre los supuestos que analizan Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES a la luz de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, debemos citar la prohibición por vía de nulidad o por otras vías adicionales, como puede ser la prohibición de la *condictio ob turpem causa*, de aquellos contratos en que el propósito perseguido por las partes resulte contrario a las normas de la moral social imperante, aunque no pueda considerarse como ilícito en sentido estricto, es decir, los llamados contratos *contra bonos mores*⁷⁸. Al respecto, el artículo 1275 del Código Civil español es explícito, y dispone que «...es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral»⁷⁹.

No obstante, hay que reconocer que el tema de la inmoralidad no se explicita en el intento de unificación de la materia contractual en el ámbito europeo. Más en concreto, «los comentarios no niegan que esta sea una materia que un cuerpo de normas de Derecho de contratos deba tratar y se limitan a decir que "por el momento, no lo han hecho", que la variedad existente entre los sistemas legales de los Estados miembros es muy grande y que necesita una mayor investigación al respecto»⁸⁰. Con todo, parece que los redactores de los Principios no se han atrevido a desprenderse de la referencia a los contratos inmorales o *contra bonos mores*, pero tampoco han considerado oportuno dotarla de un alcance general vinculado al concepto de «causa». Han optado, pues, por «un tratamiento autónomo»⁸¹.

3. Dignidad e igualdad.

La conexión del Derecho con la moral también se manifiesta a través del desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales. En efecto, junto con la democracia, los derechos del hombre son portadores de una exigencia de universalidad y de incondicionalidad, que traduce el carácter ético de su inspiración⁸². ¿Y qué son los derechos del hombre sino el reconocimiento a cada uno «del derecho a tener derechos»⁸³, la apertura de un proceso histórico no controlable por el poder, en que se amplía el círculo de los beneficiarios, a medida que se profundiza en el respeto de la dignidad de la vida humana?

⁷⁸ Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M., *op. cit.*, pág. 175.

⁷⁹ En este sentido, la STSJ de Baleares de 9 de enero de 1992 (Ar. 201) juzga que «el contrato por virtud del cual una persona accede a prostituirse en el interior de un local, a cambio de percibir una retribución del dueño del establecimiento o de compartir sus ganancias con este, es un contrato con causa ilícita y, en cuanto tal, nulo y desprovisto de toda eficacia jurídica, de conformidad con el artículo 1.275 del Código Civil». Por eso, no puede calificarse como verdadero contrato laboral, y la muerte de la supuesta trabajadora no puede considerarse como un accidente de trabajo. *Vid.* también la STSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997 (Ar. 34).

⁸⁰ Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M., *op. cit.*, pág. 176.

⁸¹ También es cierto que el problema apuntado no solo tiene que ver con el aspecto de la moralidad, sino también con el tratamiento que recibe el concepto de «causa» en los códigos civiles españoles. Para mayor detalle, *Vid.* Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M., *op. cit.*, págs. 171 y ss.

⁸² VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *op. cit.*, pág. 159.

⁸³ LEFORT, C., «Les droits de l'homme en question», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 13 (1984), págs. 11 y ss., citado por VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F. *op. cit.*, págs. 159-160.

La dignidad es un valor que constituye el núcleo de los derechos humanos reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos⁸⁴. No obstante, la idea de la dignidad humana no es fruto del pensamiento jurídico moderno, pues ya existía en el pensamiento filosófico y religioso antiguo y medieval⁸⁵. Con mayor fuerza, arranca del tránsito a la modernidad, en el momento en que surge el concepto de hombre centrado en el mundo y centro del mundo⁸⁶. En todo caso, según la opinión doctrinal casi unánime, el fundamento del significado jurídico de la dignidad humana lo sentó KANT, al postular que la persona ha de considerarse como fin en sí misma y no como un medio, lo que descarta todo intento de instrumentalización del ser humano. El gran filósofo alemán escribe: «El hombre, y en general todo ser racional, *existe* como fin en sí mismo, *no meramente como medio* para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre *a la vez como fin*»⁸⁷. Y, en otro pasaje: «En el reino de los fines, todo tiene un *precio* o una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una *dignidad*»⁸⁸. En la moral kantiana, el hombre no solo tiene deberes hacia los demás, sino también hacia sí mismo⁸⁹.

⁸⁴ Vid. entre otros, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 108 y 109.

⁸⁵ La idea de la dignidad ocupa un lugar relevante en la teoría estoica, concebida como ideal al que los seres humanos pueden acercarse, mediante una vida caracterizada por el uso de las capacidades racionales. En la doctrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO y en el pensamiento cristiano medieval, la dignidad humana está vinculada a la capacidad humana de conocer y seguir las leyes naturales universales, de origen divino. Vid. un análisis detallado en PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Madrid, 2002; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, 2004, págs. 441.

⁸⁶ Para muchos, PICO DELLA MIRANDOLA y su célebre discurso *De dignitate hominis*, de 1486, constituye el exponente más significativo de este nuevo punto de vista sobre el valor moral contemporáneo de la dignidad humana: cfr. la versión castellana *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción, introducción, edición y notas de PEDRO J. QUETGLAS, PPU, Barcelona, 2002. Vid. PECES-BARBA, *op. cit.*, pág. 21 y GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *op. cit.*, pág. 441.

⁸⁷ Vid. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe y traducción de la obra *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, a cargo de MARDOMINGO, J., Ariel Filosofía, Barcelona, 1996, págs. 186 y 187. En el original alemán: «Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen, *existiert* als Zweck an sich selbst, *nicht bloss als Mittel* zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit *zugleich als Zweck* betrachtet werden». KANT añade: «Pues los seres racionales están todos bajo la ley de que cada uno de los mismos debe tratarse a sí mismo y a todos los demás *nunca meramente como medio*, sino siempre *a la vez como fin en sí mismo*» (En el original alemán: «Denn vernünftige Wesen stehen alle unter dem Gesetz, dass jedes derselben sich selbst und alle anderen niemals bloss als Mittel, sondern jederzeit *zugleich als Zweck an sich selbst* behandeln solle»): cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, págs. 196 y 197. Las referencias a estas ideas aparecen, entre otras obras, en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R., SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, *op. cit.*, págs. 62 y 63; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *op. cit.*, págs. 441, 447-451; PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Cizur Menor, 2005, pág. 169; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid/ Barcelona, 2005, págs. 195-197. En sentido más general, afirma D. Egonsson: «... when we talk of human dignity we think of Kant's injunction to treat people always as ends and never merely as means.» EGONSSON, D., *Dimensions of Dignity*, Kluwer Academia Publishers, Dordrecht/ Boston/ London, 1998, pág. 100. Vid. un resumen de la ética kantiana en HÖFFE, O., *Kleine Geschichte der Philosophie*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, págs. 219 ss, y BILBENY, N., *Aproximación a la ética*, 2.ª edic., Ariel, Barcelona, 2000, en especial págs. 213 y ss.

⁸⁸ «Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde»: Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, pág. 199.

⁸⁹ KANT, I. *Lecciones de ética*, Edición Crítica, Barcelona, 1988, págs. 156 y ss. Destaca este aspecto HÖFFE, O., *Kleine Geschichte der Philosophie*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, pág. 221. KANT subraya que los deberes para con uno mismo no admiten un tratamiento jurídico, puesto que el derecho se ocupa tan solo del comportamiento frente a otros hombres (pág. 157).

De acuerdo con ese punto de vista, y al analizar los deberes para con el cuerpo relativos a la inclinación sexual, KANT se pregunta si acaso puede venderse o alquilarse, mediante alguna clase de contrato, el uso de las facultades sexuales. Y concluye que, en tal acto, subyace algo despreciable, que se opone a toda moralidad ⁹⁰.

En términos jurídicos, esta calificación filosófica del ser humano como un fin en sí mismo, y nunca como un medio, significa que una persona debe considerarse como sujeto de Derecho, y nunca como objeto. De este modo, no es concebible que una persona sea un simple objeto de las relaciones jurídicas ⁹¹. Ahora bien: en el Derecho, la «dignidad» es un término ambiguo tanto desde una perspectiva gradual, pues resulta difícil determinar de manera precisa el alcance del mismo o, si se prefiere, los límites del ámbito protegido por dicho término, como desde una perspectiva sistemática, pues no es fácil señalar sus rasgos característicos. Tal vez sea esta la razón por la que los autores que se atreven a superar este escepticismo, y a expresar su visión sobre la dignidad, prefieran acudir a una definición doble ⁹². Sin ánimo de desvirtuar la dualidad conceptual, pero teniendo en cuenta el objeto del presente estudio, nos referimos al segundo concepto de A. GEWIRTH, que define la dignidad como «un tipo de valor intrínseco que pertenece por igual a todos los seres humanos en cuanto tales, y que está constituido por ciertos aspectos intrínsecamente valiosos del ser humano» ⁹³. Así comprendida, la dignidad posee un innegable rasgo moral y un carácter inherente para todos los seres humanos por igual, con independencia de sus méritos y capacidades o cualquier otra condición o característica. Y por eso, volviendo de nuevo al postulado kantiano, estamos frente a algo carente de equivalente y, por consiguiente, no susceptible de intercambio racional. Esa es la razón por la que los seres humanos no han de considerarse como una mercancía a la que se le asigna un precio. La mera asignación de un precio implica que puede sustituirse por algo de valor equivalente. Además, la condición de seres humanos no deriva de la adopción de comportamientos virtuosos y, por paradójico que resulte, se preserva la dignidad con independencia de lo indigno que pueda llegar a ser uno. Siguiendo el discurso emprendido al borde de lo demagógico, dicha condición de seres dignos es independiente incluso de la percepción que tengan de sí mismos.

La dignidad se invoca como un bien jurídico protegido contra el que atenta la prostitución. El Preámbulo de la Convención de la ONU de 1949, para la represión de la trata de las personas y la explotación de la prostitución ajena, expresa esta idea del siguiente modo: «... la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de explotación, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, la familia y la comunidad...». Aunque los autores del Instrumento no tenían intención de prohibir la prostitución, el espíritu del texto marca la tendencia a condenar el fenómeno. La prostitución representa un peligro

⁹⁰ KANT, I., *Lecciones de ética*, op. cit., págs. 203 y ss. y, asimismo, las reflexiones acerca del uso de la libertad contra uno mismo, en las págs. 156 y ss.

⁹¹ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, y PRIETO ÁLVAREZ, op. cit., pág. 170.

⁹² *Id.*, entre otros, GEWIRTH, A., «Human dignity as the basis of rights», en MEYER, M. J. y PARENT, W.A. (eds.), *The Constitution of rights. Human dignity and american values*, London, 1992, págs. 11 y 12; MEYER, M.J., en Introducción a *The Constitution of rights. Human dignity and american values*, págs. 1-9.

⁹³ GEWIRTH, loc. cit., pág. 12, la traducción es de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, op. cit., pág. 443. En este párrafo, seguimos la reflexión de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI y los autores que cita.

para la sociedad en su conjunto y, por tanto, es necesario proteger a la persona prostituida contra sí misma⁹⁴. La Convención suscita críticas por su carácter demasiado «moralista» y escasa eficacia, pues se limita a condenar la prostitución, sin proporcionar medidas suficientes para luchar contra ella. Para paliar las deficiencias de este Instrumento, y para completar el ámbito no cubierto satisfactoriamente por el Protocolo de Palermo de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se adopta la Convención del Consejo de Europa sobre la acción contra la trata de seres humanos, de 2005. Si el Protocolo de 2000 no contiene referencia alguna a la dignidad, tan solo una genérica a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, la Convención de 2005 vuelve a la premisa de la Convención de 1949 y, en su Preámbulo, reafirma que «...la trata de seres humanos constituye una violación de los Derechos Humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de los seres humanos»⁹⁵. La existencia de esta contradicción en el plano internacional y de posturas tan diversas en los ordenamientos nacionales hace pensar que, debido a la naturaleza del fenómeno de la prostitución, no es fácil dar una respuesta jurídica, a la vez exhaustiva, coherente y eficaz.

Al construirse en torno al valor de la dignidad, los sistemas jurídicos democráticos europeos se inspiran, más que otros, en el pensamiento de KANT⁹⁶. Así queda establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que hace referencia a la dignidad humana tanto en el Preámbulo, como en el articulado. El Preámbulo la menciona en primer lugar, como elemento del patrimonio espiritual y moral de la UE. Del mismo modo, la parte dispositiva de la Carta se abre con el artículo 1, que proclama la inviolabilidad de la dignidad humana. Desde luego, la Carta no establece, de manera explícita, la incompatibilidad del ejercicio de la prostitución con la dignidad humana, pero lo hace implícitamente, al referirse a una serie de derechos en el apartado de dignidad. Ante todo, el artículo 5 prohíbe la trata de seres humanos, «un mal que acompaña la prostitución», en palabras de la Convención de la ONU de 1949. En el mismo artículo, quedan prohibidas la esclavitud y la servidumbre, el trabajo forzado u obligatorio, y en el artículo 4, la tortura y tratos inhumanos y degradantes, prácticas todas ellas dentro de las cuales se integra con frecuencia la prostitución. Además, el artículo 3 de la Carta reconoce el derecho a la integridad de la persona y, más en concreto, a la integridad física y psíquica. Es un derecho que puede llegar a vulnerarse con el ejercicio de la prostitución. De hecho, en este mismo artículo, se prohíbe convertir el cuerpo humano o partes del mismo en objeto de lucro. Dicha prohibición habría podido considerarse como directamente relacionada con el supuesto de la prostitución, si no se articulase en el marco de la medicina y la biología. No obstante, por analogía con el citado caso, y teniendo en cuenta el

⁹⁴ OUVARD, *op. cit.*, pág. 150.

⁹⁵ La traducción es nuestra. *Vid.* el texto original de la Convención de 2005, en inglés o en francés, en la página oficial del Consejo de Europa: <http://www.coe.int>.

⁹⁶ También el pensamiento iberoamericano mira a los valores fundamentales sentados por KANT. Como prueba de ello, puede citarse el siguiente pasaje: «La dignidad humana es la que hace que la persona humana sea en sí misma un fin y no un medio para alcanzar fines de otros sujetos de Derecho», que encontramos en la obra colectiva preparada por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de la República (Uruguay): GROS ESPIELL, H., «La Dignidad Humana en los Instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos», en *Dignidad Humana*, Montevideo, 2003, pág. 13. Sin embargo, en la misma obra se pone de manifiesto la falta de referencia a la dignidad en el texto de la Constitución Nacional de Uruguay: BLENGIO VALDÉS, M., «La dignidad Humana en la Constitución Nacional», en *Dignidad Humana*, Montevideo, 2003, pág. 74.

vínculo adicional que la prostitución experimenta con los ámbitos médico y biológico, parece coherente suponer que el cuerpo humano y sus partes no deberían utilizarse con fines lucrativos en ningún otro contexto. Sin entrar en el debate sobre el valor jurídico de la Carta, merece la pena recordar que los derechos recogidos en la misma forman parte de las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros⁹⁷. Los vínculos entre la dignidad humana y los derechos fundamentales son manifiestos en todos los sistemas jurídicos europeos. Ahora bien, varía el enfoque en cuanto a su posición entre los Derechos.

Por otro lado, la dignidad aparece en algunos de los textos constitucionales de los Estados miembros. Así, la Constitución italiana de 1947 hace mención expresa a la dignidad en su artículo 3.1, al unirla con la igualdad y no discriminación de la siguiente manera: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales o sociales»⁹⁸. En cambio, la Constitución portuguesa de 1976 alude a la dignidad en el artículo primero, dentro de los «Principios fundamentales»⁹⁹. Con todo, la dignidad posee una importancia considerable en el derecho alemán. En la tradición jurídica alemana, la dignidad se configura como un derecho fundamental más¹⁰⁰. Tal consideración está inspirada en la sistemática de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, cuyo artículo 1 reconoce la intangibilidad de la dignidad humana y la obligación de los poderes públicos de respetarla y protegerla, y proclama que «el pueblo alemán se identifica con los derechos inviolables e inalienables del hombre, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»¹⁰¹.

Ese planteamiento ha suscitado críticas para un sector de la doctrina española, que sitúa la dignidad por encima del resto de los derechos fundamentales¹⁰². Reconocida en el artículo 10.1 de

⁹⁷ *Id.*, entre otros, GIL Y GIL, J.L. y USHAKOVA, T., «Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Relaciones laborales*, n.º 8 (2003), 93-118, en particular, págs. 111 y ss., y los autores que citan.

⁹⁸ En efecto, el artículo 3.1 de la Constitución italiana dispone: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

⁹⁹ El artículo 1 declara que Portugal es una República soberana, que se basa en la dignidad de la persona humana.

¹⁰⁰ Cabe matizar que el planteamiento doctrinal alemán no es uniforme, y varía desde el reconocimiento de la dignidad humana como un derecho a costa de su intangibilidad, hasta su elevación a principio jurídico supremo, pero carente de consecuencias jurídicas. *Id.*, al respecto, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 193, y, en la doctrina alemana, BADURA, P., *op. cit.* págs. 86 y 87; HABERLE, P., «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en INSEE, J. y KIRCHHOF, P. (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 815 y ss.; KUNIG, P., «Art. 1», en MÜNCH, I. y KUNIG, P. (coords.), *op. cit.*, págs. 77 y ss.; JARASS, H.D., «Art. 1», en JARASS, H.D. y PIEROTH, B., *op. cit.*, págs. 26 y ss.; BENDA, E., *op. cit.*; HÖFLING, W., «Art. 1» en SACHS, M., *op. cit.*, págs. 99 y ss., y DREIER, H., «Art. 1», en DREIER, H. (coord.), *op. cit.*, págs. 90 y ss. Acerca de la dignidad y el ejercicio de la prostitución, *Id.* HÜBNER, K.R., *Von Beruf Prostituierte? Ethische Überlegungen zur geforderten rechtlichen Anerkennung der Prostitution als Beruf auf dem Hintergrund eines christlichen Menschenbildes*, S. Roderer Verlag, Regensburg, 2000, págs. 67 y ss.

¹⁰¹ El artículo 1.1 de la Grundgesetz dispone: «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt». El artículo 1.2 añade: «Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt».

¹⁰² Según una corriente del pensamiento jurídico, la primacía de la dignidad de la persona constituye un verdadero principio del derecho: cfr. CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, Capítulo preliminar, «Introducción al Derecho civil», 2.ª edic., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 423; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la per-*

la Constitución de 1978, la dignidad se concibe como un valor jurídico fundamental, espiritual y moral, y como un *minimum* invulnerable que debe asegurar todo estatuto jurídico ¹⁰³. Además, la tutela de la dignidad encuentra su apoyo constitucional en la cláusula del Estado social (art. 1.1) y en el principio de la igualdad real (art. 9.2). Se halla indisolublemente relacionada con el derecho a la vida, remitiendo a su dimensión humana, e íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) y a los derechos a la integridad física y moral (art. 15) ¹⁰⁴, a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1) ¹⁰⁵. De este modo, la dignidad y los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) ¹⁰⁶. Así, en la tradición constitucional española, los derechos inviolables e inherentes a la persona, lo son en razón de su dignidad ¹⁰⁷. La posición superior de la dignidad en el orden constitucional español no está exenta de críticas, sobre todo volviendo al argumento alemán, en el sentido de que no se ha consolidado como un derecho fundamental. Su reconocimiento como valor la deja en un lugar constitucional ambiguo, cuando no en su propia relativización, en los límites que impone a los derechos fundamentales ¹⁰⁸. Como criterio para determinar el contenido esencial de los derechos, la dignidad de la persona solo se ha invocado sistemáticamente con referencia a la prohibición de las torturas y tratos inhumanos o degradantes (por cierto, en términos que permiten poner en duda la primacía de la misma dignidad); también en relación, no siempre libre de equívocos, con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y en relación con algunas garantías esenciales en el proceso penal ¹⁰⁹. Por último, la jurisprudencia constitucional más reciente atribuye una autonomía argumental a la prohibición de instrumentalizar a la persona ¹¹⁰.

sona, Civitas, Madrid, 1986, pág. 86; ARCE, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 105 y, en la doctrina laboralista, ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores: Texto y comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 38.

¹⁰³ Vid. PULIDO QUECEDO, M. *La Constitución Española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1993, págs. 250-252.

¹⁰⁴ La STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 1996 (Ar. 646) declaró nulo el despido de una trabajadora por negarse a ejercer la prostitución. La sentencia señala: «El artículo 15 de la Constitución garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral, que se vulnera con la decisión de la empresa de proceder a la extinción del vínculo contractual en razón exclusivamente de la negativa de la trabajadora a ejercer la prostitución. No entra la Sala a considerar la futura regulación penal de esta materia, ni en el análisis de la mayor o menor hipocresía social que pueda suponer la tolerancia de la misma, a las que se alude en el recurso. A los efectos de este litigio, lo único determinante es el hecho de que la trabajadora ha sido despedida por negarse a realizar una actividad que atenta contra la integridad moral desde el momento que pretende ser impuesta por el empresario contra la libre decisión de la afectada, suponiendo una ataque a sus principios morales y éticos y con relevancia constitucional suficiente en cuanto afectan a una esfera íntima de la libertad personal que reviste especial gravedad y trascendencia».

¹⁰⁵ STC 53/1985, de 11 de abril.

¹⁰⁶ STC 25/1981, de 14 de junio.

¹⁰⁷ El Tribunal Constitucional se refiere a los derechos fundamentales como «derivados de la dignidad», entre otras, en las sentencias 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3.º) y 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3.º).

¹⁰⁸ Vid., entre otros, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 194.

¹⁰⁹ Vid., en relación con este último supuesto, la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000.

¹¹⁰ La STC 192/2003, de 27 de octubre, que concede amparo a un trabajador despedido por trabajar en el periodo de vacaciones, afirma: «Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida esta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Recordemos una vez más que «la regla del artículo 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la digni-

El principio de la igualdad está estrechamente vinculado con la dignidad. Al respecto, cabe referirse a una de las manifestaciones teóricas de este vínculo, expresado por M. MEYER en el siguiente pasaje: «La dignidad humana, si se manifiesta de algún modo, lo es a través de la igualdad a un nivel fundamental con otros seres humanos»¹¹¹. En el mismo sentido, J. GONZÁLEZ PÉREZ indica que la igualdad, tanto material como formal, encuentra su fundamento en la dignidad: «la dignidad de la persona no admite discriminación alguna, ni por razón de edad, ni de nacionalidad, ni de salud mental, etc.»¹¹². Por tanto, todos tienen igual dignidad y son iguales en dignidad. El derecho de igualdad lo recogen numerosos instrumentos internacionales y europeos, así como los catálogos de derechos constitucionales de casi todos los Estados. En el plano internacional, su desarrollo comienza a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948¹¹³. En el artículo 1 de la Declaración, la igualdad y la dignidad quedan conectadas: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...». Este postulado lo precisa el artículo 2, al afirmar que «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otro índole, origen nacional y social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». Otro Instrumento internacional, adoptado en el marco de la ONU, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966, proclama la igualdad ante la ley y prohíbe todo tipo de discriminación, incluidas las fundadas en el sexo (art. 26)¹¹⁴. Asimismo, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, garantiza la no discriminación fundada, entre otros motivos, en el sexo, y establece la igualdad de derechos del hombre y la mujer (arts. 2.2 y 3)¹¹⁵. En el ámbito europeo, el artículo 14 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, reproduce la mis-

dad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]. Y añade: «La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios. Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales «para que ... se encuentre en plenas condiciones» concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse «exclusivamente a recuperar fuerzas», «en bien propio» y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un «incumplimiento grave y culpable» que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido «por transgresión de la buena fe contractual» (art. 54 LET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE».

¹¹¹ Citado por EGONSSON, *op. cit.*, pág. 101. La traducción del inglés es nuestra. El texto original reza: «One's human dignity, if it is a mark of anything, is a mark of one's equality on some fundamental level with other human beings». MEYER, M. J., «Dignity, Rights and Self-Control», *Ethics*, Vol. 99 (1989), 3, 520-534, pág. 524.

¹¹² GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 95.

¹¹³ La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 1948, fue adoptada por la Resolución 217 (III) de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Aunque una Resolución de la Asamblea General de la ONU tiene carácter de recomendación, en este caso concreto se ha convertido en una costumbre internacional, con el correspondiente valor jurídico vinculante. La Resoluciones de la Asamblea General de la ONU pueden consultarse en la página web oficial de la Organización: <http://www.onu.org>.

¹¹⁴ Cfr. Human Rights Committee, General comment n.º 18 (non-discrimination) (1989).

¹¹⁵ Cfr. la observación general n.º 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 11 de agosto de 2005, sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

ma disposición, al declarar la igualdad de goce de los derechos y libertades reconocidos, y coloca la prohibición de la discriminación por razón de sexo en primer lugar en el elenco de las posibles razones de distinción.

Esta larga reiteración de un derecho genérico de igualdad se precisa en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979¹¹⁶. Junto con la Convención de 1949, la misma representa uno de los tratados de carácter universal más citados como contrario a la prostitución. Su Preámbulo se apoya en las disposiciones antes citadas de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero expresa la preocupación de que, a pesar de estos diversos instrumentos, las mujeres sigan siendo objeto de importantes discriminaciones. En los últimos considerandos, se propone lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, al modificar el papel tradicional de uno y otro sexo en la sociedad y en la familia, y adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir la discriminación de la mujer, todavía existente en todas sus formas y manifestaciones. En esta línea de ideas, el artículo 6 exhorta a los Estados Partes a que tomen «todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.»

Veinte años más tarde, se adopta el Protocolo Facultativo de la Convención de 1979¹¹⁷, que diseña un mecanismo de control de la aplicación de la Convención. En el Protocolo, los Estados Partes reconocen la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones (art. 1). Dichas comunicaciones pueden presentarse por personas o grupos de personas o, incluso, en nombre de estas con su consentimiento, que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención (art. 2). Tras examinar las comunicaciones, el Comité envía sus opiniones y las recomendaciones al respecto a las partes interesadas. El Estado se obliga a dar debida consideración a la opinión del Comité y, en seis meses, a responder por escrito sobre las medidas que se hubieran adoptado (art. 6). Según es habitual para los Instrumentos internacionales, las opiniones y las recomendaciones del Comité emitidas en las sesiones privadas, como indica su propio nombre, no obligan al Estado Parte de que se trate.

En el plano regional, se configuran los últimos desarrollos del principio de no discriminación entre el hombre y la mujer, en conexión con el tema de la prostitución. En primer lugar, hay que mencionar la Convención sobre la acción contra la trata de seres humanos, de 2005, adoptada por el Consejo de Europa. Es significativo que la Convención evoque el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en varias disposiciones y con distintos enfoques. Aboga por la no discriminación en un sentido amplio, al insistir, en las primeras líneas, en el hecho de que cualquier medida o iniciativa contra la trata de seres humanos debe ser no discriminatoria y tener en cuenta la igualdad entre los sexos. Esta idea viene matizada en el artículo 1, sobre los objetivos de la Convención. Según sus disposiciones, la igualdad entre los sexos ha de respetarse en la prevención y en la lucha contra la trata, así como en la protección de los derechos humanos y la asistencia de las vícti-

¹¹⁶ La Convención de 1979 entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, y fue ratificada por España el 5 de enero de 1984.

¹¹⁷ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999. España lo ratificó el 6 de julio de 2001.

mas. La importancia que se quiere atribuir al respeto del principio de no discriminación queda confirmada en el artículo 3, con el mismo título, en el que se establece que el desarrollo de la Convención y, en particular, las medidas de protección y promoción de los derechos de las víctimas, ha de llevarse a cabo sin discriminación por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otro estatus.

Como indica el propio título del Capítulo III, «Medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas con garantía de igualdad entre los sexos», el respeto del principio se exige en relación con las medidas concretas. Así, en el artículo 10, relativo a la identificación de las víctimas, se propone a las autoridades tener en cuenta «la situación especial de las mujeres y los niños». Por otro lado, el artículo 17 –el último del Capítulo III– se titula «Igualdad entre los sexos» y exhorta a promover la igualdad entre los sexos y a aplicar «*gender mainstreaming*»¹¹⁸ en el desarrollo, implementación y valoración de las medidas recogidas en el Capítulo.

En segundo lugar, debe citarse la Convención Interamericana, de 1994, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹¹⁹. Si nos fijamos en el título de la Convención, no puede ocultarse un paralelismo en el planteamiento del principio de no discriminación entre el hombre y la mujer y del fenómeno de la prostitución. Ambas prácticas coinciden, desarrolladas y condenadas internacionalmente en sus manifestaciones más extremas: la discriminación se eleva a la violencia contra la mujer, y la prostitución, a la trata de seres humanos. Estas tendencias no solo permiten centrar la atención en la gravedad de las formas en que pueden derivar tanto la discriminación como la prostitución, sino que reflejan el creciente interés y preocupación por el problema, expresados por la sociedad en términos emblemáticos. En definitiva, el tema de la «violencia contra la mujer» es objeto de regulación en distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

En el Preámbulo de la Convención de 1994, aparecen unidas, una vez más, la dignidad y la igualdad: «... la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres». El artículo 1 define la «violencia contra la mujer» como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado». A continuación, en el artículo 2 (b), se precisa en qué consiste la «acción o conducta» y, entre otras prácticas, se alude al abuso sexual, a la trata de personas y a la prostitución forzada. El Instrumento interamericano se configura en sintonía con el conocido Informe de la Cuarta Conferencia

¹¹⁸ El término inglés *gender mainstreaming* representa una estrategia global generalmente reconocida para la promoción de la igualdad entre los sexos. No es un fin en sí mismo, sino un planteamiento, una herramienta para alcanzar el objetivo de la igualdad entre el hombre y la mujer. Este planteamiento requiere que la igualdad entre los sexos sea imprescindible en todo tipo de actividades sociales: por ejemplo, la política, la investigación, el diálogo o la legislación. Desde 1997, la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer del Secretario General de la ONU ha asumido el mandato de apoyo y supervisión de la estrategia. *Vid.* más información en la página oficial de la ONU: <http://www.un.org/womenwatch/osagi>.

¹¹⁹ También conocida como «Convención de Belem Do Para», entró en vigor el 5 de marzo de 1995. En la actualidad, cuenta con 32 instrumentos de ratificación y adhesión depositados por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). El texto puede consultarse en la página oficial de la OEA: <http://www.oas.org>.

Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995 ¹²⁰. Precisamente, si nos referimos a la definición de la «violencia contra la mujer», apreciamos la coincidencia entre el planteamiento del artículo 2 de la Convención y el punto 114 del Informe ¹²¹. Ambas disposiciones se refieren a la violencia física, sexual y psicológica en tres ámbitos: en la familia (a), en la comunidad (b) y la perpetrada o tolerada por el Estado (c). Cabe subrayar que, tanto la Convención como el Informe, incluyen dentro de las formas de «violencia contra la mujer» la prostitución «forzada», con lo que la prostitución «libre» queda fuera del concepto de violencia.

Del mismo modo, la prostitución se concibe como una forma de violencia por razón de sexo en el ámbito nacional, más en concreto, en el destacado –y único en su género– modelo sueco ¹²². En Suecia, la prostitución se define como una forma de violencia sexual del hombre contra la mujer ¹²³. El planteamiento del Gobierno sueco se basa en la siguiente premisa: si al hombre se le denegase el derecho a comprar y explotar sexualmente a la mujer, no existirían la prostitución y la trata de mujeres. Con esta premisa, en 1999, la reforma del Código Penal tipificó la figura del cliente, criminalizando no solo a los gestores y promotores de la prostitución, sino también a los usuarios de los servicios sexuales. A diferencia del modelo prohibicionista, no se criminaliza a las personas que se prostituyen, dado que se hallan en una situación desventajosa y vulnerable ¹²⁴.

Con todo, debe subrayarse que las disposiciones legales no van dirigidas contra un sexo concreto, y forman parte de la estrategia común contra la prostitución y la trata de seres humanos. Tal estrategia pone de relieve que las dos prácticas, en principio, no deben considerarse por separado ¹²⁵. Según la postura oficial, la prohibición de la compra de servicios sexuales constituye el reconocimiento implícito de que la prostitución se transforma en la trata, y pretende combatir un problema social serio, con consecuencias nocivas para las propias víctimas y para la sociedad en general ¹²⁶. De este modo, el modelo sueco pretende defender tanto el interés común, como el particular de la víctima. Incluso podría concluirse que se llega a lo general a través de lo individual.

¹²⁰ ONU, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, A/CONF.177/20, Cuarta Conferencia Mundial, Pekín, 4 a 15 de septiembre de 1995.

¹²¹ A/CONF.177/20, pág. 62.

¹²² El modelo que se ha materializado en el sistema jurídico sueco constituye un puente entre el prohibicionismo y el abolicionismo, y una pretensión ambiciosa de desarrollo progresivo del último. Según reconocimiento unánime, el abolicionismo en su sentido clásico se manifiesta en la Convención de la ONU, de 2 de diciembre de 1949, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Este documento critica la prostitución como una práctica que puede poner en peligro el bienestar de la familia y la sociedad, luego se apoya en una cierta concepción de la mujer y su sexualidad. Para algunos, el modelo sueco se sitúa dentro del prohibicionismo o neo-prohibicionismo, por ejemplo, SUAY HERNÁNDEZ, loc. cit., pág. 14, pero, según la mayoría, dentro del abolicionismo o neo-abolicionismo: NGALIKPIMA, *op. cit.*, pág. 125

¹²³ *The Swedish Government's National Action Plan for Gender Equality*, Ministry of Industry, Employment and Communications, Sweden, pág. 7. El documento puede consultarse en: <http://www.industry.ministry.se>.

¹²⁴ Es preciso subrayar que la reforma sueca a que acabamos de referirnos la promovieron tres mujeres que disponían, respectivamente, de tres carteras ministeriales en el Gobierno sueco: la de Salud y Asuntos Sociales, la de Justicia y la de Trabajo. Posteriormente, la propuesta la aprobó un Parlamento integrado por un 40 por 100 de mujeres.

¹²⁵ EKBERG, G., «The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services», *Violence against Women*, Vol. 10, n.º 10 (2004), págs. 1.187 a 1.218, en especial pág. 1.191.

¹²⁶ *The Swedish Government's National Action Plan for Gender Equality*, pág. 7.

4. Incriminación de los empresarios y usuarios de los servicios sexuales.

De manera casi unánime, el respeto de la dignidad humana constituye el fundamento jurídico para incriminar las distintas formas de proxenetismo en los sistemas jurídicos nacionales ¹²⁷. La incompatibilidad entre la dignidad y la prostitución asociada al proxenetismo se anuncia en el Preámbulo de la Convención de la ONU de 1949, para la represión de la trata de las personas y la explotación de la prostitución ajena. Los primeros artículos de la Convención determinan los supuestos de proxenetismo objeto de sanción. En primer lugar, de manera general, se pretende castigar «a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona...; 2) explotare la prostitución de otra persona...», en ambos casos, sin que se tenga en cuenta el consentimiento de la persona prostituida ¹²⁸. En segundo lugar, se incrimina cualquier acción relacionada con el mantenimiento, la administración, la financiación o el arrendamiento de una casa de prostitución ¹²⁹. Estos primeros artículos obligan a los Estados Partes en la Convención a adoptar las medidas legislativas correspondientes. Sin embargo, queda supeditada al régimen jurídico nacional existente la incriminación de la participación en los actos mencionados o de constitución en parte civil respecto a estos actos ¹³⁰.

Como demuestra el estudio comparado de las legislaciones nacionales, en la mayoría de los Estados europeos se penalizan todas las formas de proxenetismo o la mayoría de estas ¹³¹. En cambio, destaca la situación en Holanda, que no se ajusta a esta regla general. La Ley de 28 de octubre de 1999, que suprimió la prohibición general de las casas de prostitución, conllevó la abrogación del artículo correspondiente del Código Penal que, de manera general, incriminaba el proxenetismo en Holanda ¹³². Esta misma Ley introdujo un nuevo artículo del Código de los municipios, que permitía al consejo municipal fijar las condiciones relativas al ejercicio de la prostitución. Sin embargo, la legalidad del proxenetismo está vinculada a la prostitución voluntaria. La despenalización del proxenetismo en Holanda sirvió para ajustar el Derecho a la práctica, dado que, a lo largo de muchos años, no se ha detectado caso alguno de denuncia de una persona prostituida contra su proxeneta, fuera del contexto de la amenaza para el orden público o de violencia. En el mismo sentido se configura la legislación actual alemana.

En esta línea de ideas, es significativo que, en España, la reforma del Código Penal de 1995 suprimiese la incriminación general del proxenetismo, reservando las sanciones a unos supuestos determinados, relacionados con la minoría de edad de la víctima ¹³³ o, si se trataba de una persona prostituida mayor de edad, con el empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o vulnerabilidad, para inducir a ejercer la prostitución o mantenerse

¹²⁷ Vid. la estadística correspondiente a algunos Estados europeos en SENAT, Les documents de travail du Senat, «Le régime juridique de la prostitution», págs. 1 y 2.

¹²⁸ Vid. el artículo 1 de la Convención.

¹²⁹ Vid. el artículo 2 de la Convención.

¹³⁰ Vid. los artículos 4 y 5.

¹³¹ SENAT, Les documents de travail du Senat, «Le régime juridique de la prostitution», pág. 2.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Artículo 187 del Código Penal, *Código Penal y leyes penales especiales*, Ed. Aranzadi, 2000, pág. 165.

en ella ¹³⁴. Similares conductas se castigaban en el contexto de la ayuda, directa o indirecta, a la entrada, estancia o salida del territorio español de personas con propósito de su explotación ¹³⁵. Entre los años 1999 y 2002, y haciéndose eco de esta tendencia de despenalización de proxenetismo no coercitivo, algunas Comunidades Autónomas y Municipios se apresuraron a reglamentar «la prostitución acuartelada» ¹³⁶. La nueva redacción del Código Penal, que afectaba a los delitos relativos a la prostitución del Capítulo V, provocó críticas y denuncias en el ámbito jurídico académico y, sobre todo, por parte de las ONG ¹³⁷. Se denunciaba la incompatibilidad de la redacción del Código Penal con la Convención de 1949, antes analizada. La reforma representaba «una violación unilateral de los compromisos adquiridos... ante la Comunidad Internacional». Se exhortaba a incorporar la tipificación y sanción punitiva de los delitos de «rufianismo», «tercería locativa» y del «proxenetismo no coercitivo» ¹³⁸. Además, se criticaba la ubicación de los delitos relativos a la prostitución en el Título VII «Delitos contra la libertad sexual», que admitía implícitamente la prostitución libre, y se recomendaba reunir estos delitos bajo la rúbrica «De las Torturas y otros Delitos contra la Integridad Moral» ¹³⁹. De ese modo, se corregiría el error relativo al bien jurídico protegido.

Parece que la siguiente reforma del Código Penal español, introducida por la Ley Orgánica 11/2003 ¹⁴⁰, tomó en consideración algunas de esas críticas. Aun así, lejos de ser satisfactorio, el resultado final conduce, más bien, a una confusión. Como establece el punto 2 de la Exposición de motivos, el artículo 188 se modifica para adoptarse a la nueva redacción de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal, cuyas finalidades son combatir el tráfico ilegal de personas y facilitar la integración de los extranjeros en el país de destino. Por tanto, debe interpretarse que la modificación del artículo 188 está vinculada a la política de inmigración y no afecta al concepto de prostitución en general. Sin embargo, no es lo que se deduce del tenor literal del artículo 188.1, que reza: «El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad

¹³⁴ Artículo 188.1 del Código Penal, citado en su redacción en el año 2000.

¹³⁵ Artículo 188.2 del Código Penal, citado en su redacción en el año 2000.

¹³⁶ En particular, adoptaron las normas correspondientes el Ayuntamiento de Bilbao y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Cfr., en la actualidad, 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 Generalidad de Cataluña; la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, también de la Generalidad de Cataluña; la Ordenanza local, de 29 de diciembre de 2005, sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución del Ayuntamiento de Bilbao, que tiene como objetivo fijar las distancias mínimas que deben guardarse entre aquellos establecimientos o locales abiertos al público en los que, de forma declarada o no, se ejerza habitualmente la prostitución, los requisitos higiénicos-sanitarios que deben observar dichos establecimientos y el régimen jurídico de las licencias municipales para el ejercicio de la prostitución; y la Ordenanza de 23 de diciembre de 2005, de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, del Ayuntamiento de esa ciudad. Hemos tomado las referencias de la *Ponencia para elaborar un dictamen informativo sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país*, op. cit., pág. 17. El Gobierno catalán ha aplazado regular la prostitución: cfr. *El País*, martes 13 de marzo de 2007.

¹³⁷ *Vid.*, entre otras fuentes, Manifiesto Político: Por la Abolición de la Prostitución, suscrito por las numerosas ONG y más de 3000 particulares, y las Conclusiones aprobadas en el Plenario del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas, de 31 de octubre y 1 y 2 de noviembre de 2002, celebrado en Albacete, disponibles en: <http://www.malostratos.org> (visitado el 20 de abril de 2007).

¹³⁸ Punto 3 de las Conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas.

¹³⁹ Punto 8 de las Conclusiones XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas.

¹⁴⁰ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE de 30 de septiembre de 2003.

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 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». Del contenido del artículo, se desprende que se abre de nuevo la posibilidad de criminalizar todos los supuestos de proxenetismo, como el «rufianismo» o la «tercería locativa», la actuación de los dueños de los locales en que se ejerza la prostitución y que evidentemente se lucran, porque ese es su negocio. No obstante, la contradicción a que lleva el supuesto del artículo 188 no se agota en el vínculo, que busca pero no consigue la reforma, entre ese precepto y los artículos 318 y 318 bis, relativos a la violación de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Basta recordar que el bien jurídico protegido por el artículo 188 sigue siendo el de la libertad sexual y, paradójicamente, el artículo pretende sancionar al que se lucre de la actividad, en sí misma no perseguida ¹⁴¹. En definitiva, la redacción actual del artículo 188.1 plantea el problema de la incompatibilidad con cualquier intento de regulación de la prostitución, al menos su regularización como actividad por cuenta ajena, con las medidas paralelas de control sanitario y de protección social del colectivo de las personas prostituidas.

Es cierto que la penalización del proxenetismo, de una forma más o menos amplia, adquiere un carácter general en los sistemas jurídicos europeos, lo que no puede decirse de la conducta del usuario de los servicios sexuales. Esta conducta no está penalizada, pese a las numerosas propuestas para incriminarla ¹⁴². En el marco contextual de la violencia por razón de sexo, y el más genérico de protección de los derechos humanos fundamentales, se insiste en corregir la terminología empleada en relación con esta figura y, en concreto, en sustituir los términos de «usuario» o «cliente» de la prostitución por el de «prostituidor», al designar esta expresión de manera más certera la responsabilidad que se deriva de su demanda y de su conducta ¹⁴³.

Como se ha adelantado en el epígrafe anterior, Suecia es el único país en el que la adquisición de los servicios sexuales se penaliza en todas las circunstancias ¹⁴⁴. Desde el 1 de enero de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley que prohíbe la compra de servicios sexuales, se aplica la siguiente disposición: «Toda persona que mediante remuneración se procure la obtención de una relación sexual ocasional será condenada por la compra de los servicios sexuales a una pena de prisión de hasta seis meses, si la infracción no constituyere el objeto de una sanción penal prevista en el Código Penal» ¹⁴⁵. Tal régimen jurídico no es producto de una legislación precipitada y poco meditada, sino de una lucha de más de 20 años, de recopilación de datos y de argumentos en el seno de las sucesivas comisiones sobre la prostitución, que, finalmente, aprobó casi el 70 por 100 de los diputados ¹⁴⁶.

¹⁴¹ Vid. DURO VENTURA, C., «Los extranjeros y el derecho penal», en PALOMAR OLMEDA, A., *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Navarra, 483-545, pág. 505.

¹⁴² Sirvan de ejemplo los puntos 1 y 2 de las Conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas.

¹⁴³ Punto 2 (a) de las Conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas.

¹⁴⁴ En algún otro país europeo, a finales de los años 90, se adoptaron leyes especiales que penalizan la compra de los servicios sexuales, pero se trata de los servicios prestados por los menores de edad. Es el caso de Dinamarca y Holanda. Vid. Les documents de travail du Senat, «Le régime juridique de la prostitution», pág. 3.

¹⁴⁵ La traducción del francés es nuestra. Vid. Les documents de travail du Senat, «Le régime juridique de la prostitution», pág. 36.

¹⁴⁶ *Ibid.*

Evidentemente, el modelo sueco es el más completo y coherente en su afán de combatir el fenómeno de la prostitución. Se encuentra en una perfecta armonía con la definición de M. ROGER DUFOUR-GOMPERS que aceptamos en el capítulo introductorio de este estudio, al sostener que difícilmente puede imaginarse un negocio lucrativo en el que la oferta no esté respaldada por la demanda ¹⁴⁷. No obstante, al igual que ha sucedido con los modelos opuestos, el de Alemania y Holanda, el fenómeno ha sabido adaptarse a la nueva situación, y se ha sumergido en la clandestinidad.

5. La integración, inserción y ayuda a las víctimas.

La no persecución de las personas prostituidas constituye una regla general en los sistemas jurídicos nacionales y en el plano internacional. Es más, tanto la cooperación en el ámbito nacional y europeo, como la legislación interna comprende, entre otras medidas, la ayuda a las víctimas de la prostitución. En este sentido, es importante tener en cuenta que la situación en la que se halla la persona prostituida varía en sus aspectos personales, materiales, económicos y administrativos. El potencial beneficiario de la ayuda puede ser nacional o inmigrante y, en este último caso, el más extendido, puede ejercer la prostitución libremente o ser víctima del tráfico y de la trata, con tal de que su elección esté basada en las necesidades económicas, aunque aparentemente exista el consentimiento. Además, con frecuencia, el inmigrante permanece en el territorio del Estado de acogida en situación irregular. En vista de un panorama tan variado, el legislador nacional se enfrenta a la dificultad de ofrecer una ayuda idónea en cada circunstancia concreta: desde el supuesto de la persona perfectamente solvente, que por razones personales desea abandonar el ejercicio de la prostitución, hasta el de la víctima de la trata que ha padecido una cadena de agravios y discriminaciones múltiples ¹⁴⁸. Además, el Estado debe evitar la «victimización» de la persona prostituida que pueda considerarse incompatible con su dignidad.

Hasta hace poco, el concepto de ayuda a los inmigrantes víctimas de la explotación sexual se limitaba al «paradigma del rescate, la rehabilitación y la expulsión» ¹⁴⁹. Ese planteamiento es uno de los puntos de crítica más relevantes que se señalan con respecto a la Convención de 1949 para la represión de la trata de las personas y de la explotación de la prostitución ajena. Pues, al adoptar una postura abolicionista, el Instrumento no protege con eficacia los intereses de la víctima. No dota a las personas que ejercen la prostitución de derechos y de razón, sino más bien las considera como poco autónomas, vulnerables y necesitadas de protección. Con todo, la Convención incurre en una contradicción entre la exigencia de protección de las víctimas y la ausencia de unos recursos efectivos para realizarla. Así, el artículo 16 de la Convención exhorta a los Estados Partes, con carácter general, «a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución». En cuanto a los inmigrantes, el artículo 17 contiene el compromiso de protegerlos, en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada

¹⁴⁷ *Vid.* el Capítulo I. Introducción: el marco conceptual.

¹⁴⁸ UNITED NATIONS, General Assembly, World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, *Review of Reports, Studies and Other Documentation for the Preparatory Committee and the world Conference*, A/CONF.189/PC.3/5, 27 July 2001, pág. 8

¹⁴⁹ UN Doc. E/CN.4/2000/68, pág. 32.

o de partida como durante el viaje, y de organizar una publicidad adecuada, en que se advierta al público del peligro de la trata. Todas las medidas citadas se adoptan de conformidad con el Derecho interno de cada Estado.

Con referencia a las leyes nacionales, el artículo 18 permite «tomar declaraciones a las personas extranjeras dedicadas a la prostitución, con objeto de establecer su identidad y estado civil y de determinar las causas que les obligaron a salir de su Estado». A continuación, se precisa que «los datos obtenidos de esta forma serán comunicados a las autoridades del Estado de origen de tales personas, con miras a su repatriación eventual». Cabría preguntarse hasta qué punto tales posibilidades, que ofrecen las disposiciones convencionales a los órganos competentes del Estado, resultan compatibles con la prohibición genérica del artículo 6 de mantener unos registros de inscripción de las personas dedicadas a la prostitución para su vigilancia o notificación. No parece lógico ni convincente que una regla convencional prohíba la creación de un registro en el país de destino, y otra autorice a aportar la información pertinente para tal registro en el país de origen. Entendido como un precepto particular destinado a los inmigrantes, el artículo 18 posee un carácter claramente discriminatorio y, en muchos casos, contrario a los intereses de las víctimas. Basta imaginar que la mayoría de ellas salen de sus Estados por razones económicas, muy a menudo para ayudar a sus familias, y prefieren evitar que su ocupación en el extranjero llegue al conocimiento de las autoridades nacionales. Otra manifestación de la contradicción mencionada aparece en el artículo 19. En virtud de dicha norma, las Partes se comprometen, por un lado, «a adoptar medidas adecuadas para proporcionar ayuda... mientras se tramita su repatriación» y, por otro, «a repatriar a las personas... que desearan ser repatriadas o que fueren reclamadas por personas que tengan autoridad sobre ellas, o cuya expulsión se ordenare conforme a la ley». El mismo artículo prevé la obligación de la persona repatriada de devolver el importe de su repatriación y, solo en caso de que no sea posible sufragarlo, tal gasto correría a costa del país de residencia, hasta el punto de cruce de la frontera, y, a costa del país de destino, hasta el destino final. En relación con este último arreglo, es evidente que la carga del gasto principal, del vuelo u otro medio de transporte, recae en el país de origen, que normalmente no está en condiciones de afrontarla, sobre todo si se trata de una inmigración masiva.

Aunque la Convención de 1949 penaliza la parte que concierne y explota la prostitución ajena, no prohíbe a los Estados procesar a la persona que ejerce la prostitución. Es más, sancionada la repatriación de las víctimas, estas pueden ser detenidas y «rehabilitadas» forzosamente y, una vez en el país de origen, sometidas a leyes nacionales aún menos ventajosas ¹⁵⁰.

En distintos documentos, entre ellos la Plataforma de Acción de Pekín de 1995, se insiste en la necesidad de asegurar de manera más efectiva los derechos de las mujeres dedicadas a la prostitución, sobre todo de las explotadas sexualmente y discriminadas por razón de sexo, condición económica y estado civil. Este planteamiento supone el paso deseado del rescate y rehabilitación a la promoción y protección de los derechos humanos y la reparación judicial. En definitiva, la lucha contra las prácticas odiosas es imposible sin lograr una norma inequívoca de derechos humanos, y proporcionar una protección a las víctimas. En el plano internacional, las recomendaciones son siempre genéricas y cautelosas. Se centran en los siguientes aspectos principales: la insistencia en la protección de los derechos

¹⁵⁰ *Vid.* UN Doc. E/CN.4/2000/68, puntos 24 y 25, págs. 12 y 13.

humanos, la recomendación de los acuerdos entre los países de origen y de destino, el apoyo a la construcción del Estado de Derecho en los países de origen y la promoción del papel más activo de las organizaciones no gubernamentales (las ONG) y su acceso a los foros internacionales y nacionales ¹⁵¹. En el plano nacional, se recomienda la adopción de medidas más detalladas de ayuda a las víctimas de la prostitución. Se insiste en una serie de garantías iniciales, como las de no ser perseguida o acosada por las autoridades, recibir una atención médica y psicológica adecuada y confidencial, acceder a servicios de prueba sobre el VIH, beneficiarse de un traductor en todos los procedimientos y recibir información sobre su condición y derechos, disfrutar de una asistencia letrada gratuita y tener posibilidades jurídicas de indemnización y reparación de daños. Todas estas medidas deberían aplicarse en relación con las personas en situación regular e irregular. En este último caso, muy frecuente, como ya se ha insistido, habría que suspender todos los procedimientos de expulsión, y ofrecer a la víctima de la trata la oportunidad de solicitar su regularización en el territorio del Estado de acogida ¹⁵².

Ahora bien, ¿qué repercusión han tenido estas propuestas de los Instrumentos internacionales de carácter recomendatorio en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario a la Convención de 2000? El hecho de configurarse como un Protocolo complementario a la Convención indica que el énfasis sigue poniéndose en la lucha contra el crimen organizado, y no en la protección de los derechos. Lo mismo se desprende del contenido del Protocolo. Incorporado en las Disposiciones generales, el artículo 5 exhorta a los Estados Partes a tipificar el delito de la trata de seres humanos. Inmediatamente después, se desarrollan las disposiciones sobre la asistencia y protección de las víctimas de la trata ¹⁵³. A menudo, los artículos correspondientes remiten al orden jurídico nacional, y permiten una amplia discrecionalidad del legislador, al emplear expresiones como «en la medida que lo permita el Derecho interno», «con miras a proporcionar... cuando proceda», «Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar» o «de adoptar medidas». Teniendo en cuenta estas fórmulas muy flexibles, el artículo 6 proporciona a las víctimas de la trata de personas un catálogo bastante amplio de medidas de asistencia y protección.

Las medidas pueden ser de carácter vinculante o no vinculante. Entre las primeras, podemos mencionar: la confidencialidad de las actuaciones judiciales (punto 1 del artículo), la información sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes [punto 2 (a)], la debida consideración de las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes [punto 2 (b)] y la obligación de contemplar la posibilidad para la víctima de obtener la indemnización por los daños sufridos (punto 6) ¹⁵⁴. Es evidente que estas medidas se refieren a las garantías procesales.

¹⁵¹ UN Doc. 107-110 del E/CN.4/2000/68, puntos 107-110, págs. 37.

¹⁵² UN Doc. E/CN.4/2000/68, puntos 116 y 120, págs. 38 y 39.

¹⁵³ En las consultas oficiosas durante el proceso preparatorio del Protocolo, algunas delegaciones propusieron que las palabras «víctimas» y «víctimas de delitos comprendidos en el presente Protocolo», que figuran en distintos lugares del texto, se sustituyesen por las palabras «personas objeto de trata», puesto que la palabra «víctima» se podría interpretar como una alusión a personas que tenían la condición jurídica de víctima, mientras que la expresión «persona objeto de trata» era más amplia e inclusiva. ONU, Asamblea General, Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 19 de julio de 2000, A/AC.254/4/Add.3/Rev. 7, pág. 7.

¹⁵⁴ No prosperó la propuesta, bastante acertada, de unir a estas medidas la referencia a la atención médica básica. *Vid.* UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev. 7, pág. 8.

Las medidas de asistencia, meramente programáticas y discrecionales para los Estados Partes, se plantean en el marco de la prevención de la recuperación física, psicológica y social de las víctimas. El artículo 6.3 prevé el suministro de: «a) Alojamiento adecuado; b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas... puedan comprender; c) Asistencia médica, psicológica y material; y d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.». Se compromete a tener en cuenta las necesidades particulares de la víctima en función de sus circunstancias concretas (art. 6.4) y a procurar la seguridad física (art. 6.5). Por último, dentro del catálogo de medios de asistencia y protección, el artículo 7 del Protocolo permite (de ningún modo obliga y ni siquiera sugiere) a los Estados receptores a adoptar disposiciones legislativas para que la víctima de la trata pudiera permanecer en el territorio del Estado de forma temporal o permanente.

El efecto positivo que hubieran podido surtir los medios de asistencia y protección citados, queda un tanto mermado por las medidas de repatriación previstas en el artículo 8. En este sentido, el Protocolo no ha avanzado sustancialmente en comparación con la criticada Convención de 1949, en lo relativo a la salvaguardia de los intereses de las víctimas de la trata. El Estado receptor dispone del derecho a proceder a la repatriación y, como contrapartida, el Estado de origen está obligado a aceptar la recepción de la persona repatriada, sin demora indebida o injustificada. En este esquema de coordinación entre los dos Estados, uno de los pocos aspectos positivos para la víctima de la trata es que ambos Estados deben tener en cuenta su seguridad. Pero, ¿hasta qué punto es factible, sobre todo para el Estado receptor, realizar el seguimiento del destino de las personas repatriadas tras haber cruzado su frontera? Con toda cautela, el punto 5 del artículo 8 deja a la libre disposición de los Estados la concesión, en su Derecho interno, de los derechos a las víctimas de la trata de personas. Pues el artículo 8 no afectará a estos derechos (menores o mayores) concedidos en la legislación nacional del Estado receptor, ni tampoco a aquellos reconocidos en un acuerdo bilateral o multilateral sobre la repatriación.

En el ámbito europeo, la asistencia a las víctimas está estrechamente vinculada a la lucha contra la delincuencia organizada. En este sentido, entre las medidas adoptadas, la ayuda ocupa un lugar muy modesto, aunque su importancia ha aumentando con el transcurso de los años. Los primeros planteamientos, de la Comunicación de la Comisión de 1996 y de la Acción común de 1997, pecan de exceso de pragmatismo. Todas las medidas de protección a las víctimas se configuran en el marco del procedimiento penal, y están destinadas más a facilitar la investigación que a ayudar a la víctima. La Decisión marco de 2002 añade poco al respecto. En sus considerandos, figura que la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana. No obstante, para reafirmar estos derechos y valores, se centra en la persecución y castigo de los infractores. El único precepto que contiene una referencia a la ayuda, el artículo 7, titulado «Protección y asistencia a las víctimas», sorprende por su contenido más que modesto y muy poco coherente en relación con el título. La única medida de «protección y asistencia» es la siguiente: «1. Los Estados miembros dispondrán que las investigaciones o el enjuiciamiento por las infracciones a que se refiere la presente Decisión marco no estén supeditados a la denuncia o acusación formales por la persona que sea objeto de tales infracciones...». Por lo demás, las disposiciones del citado artículo se centran en la situación del niño víctima de la trata.

No es menos sorprendente lo poco beneficioso que resulta, para las víctimas de la trata, el otro instrumento adoptado en el ámbito de la UE: la Decisión marco de 2001, relativa al estatuto de la

víctima en el proceso penal ¹⁵⁵. Según el artículo 1 de la Decisión, se considera como «víctima» a «la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro». Parece evidente que las víctimas de la trata, entendida como uno de los crímenes más graves, cumplen los requisitos formales de la definición. No obstante, el desarrollo posterior del instrumento suscita la sospecha de que sus disposiciones están destinadas, sobre todo, a favorecer a los residentes comunitarios, entendidos como residentes «legales» o, si se quiere, «regulares». A esta observación nos lleva el artículo 11, que desarrolla las facilidades adicionales a las víctimas residentes en otro Estado miembro. En este sentido, debemos recordar una vez más que las víctimas de la trata suelen ser personas que se encuentran en situación irregular en el territorio del país de acogida. Existen algunas disposiciones que, correctamente interpretadas, permiten atribuir a esas personas unos derechos determinados. Ante todo, la propia definición de la víctima no excluye del ámbito personal de aplicación a las personas en situación irregular. Además, existe la posibilidad de acceder a la asistencia jurídica gratuita, cuando tal persona pueda ser parte en el proceso penal, o a otro tipo de asesoramiento (art. 6). Por lo general, el artículo 2.1 de la Decisión procura garantizar a las víctimas «un papel efectivo y adecuado», y requiere a los Estados Partes un trato con el respeto debido a la dignidad personal y un reconocimiento de los derechos e intereses legítimos, en particular en el marco del proceso penal. Sin embargo, en el Informe de 2004 sobre la aplicación de la Decisión, se advierte que este artículo tiene una función fundamentalmente declaratoria ¹⁵⁶. Solo se puede concluir que un Estado miembro concede un verdadero estatuto a la víctima si ha incorporado correctamente el conjunto de los artículos de la Decisión marco, pero, hasta la fecha, ningún Estado miembro de la UE ha podido cumplir con este requisito ¹⁵⁷. En el apartado 2 del mismo artículo, se hace referencia a «las víctimas especialmente vulnerables», y la respectiva necesidad de proporcionarles «un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación». Tan solo mediante la interpretación, podría equipararse a las víctimas de la trata de seres humanos con las víctimas especialmente vulnerables necesitadas de medidas específicas. Como se afirma en el citado Informe de 2004, se otorga a los Estados un amplio margen de maniobra para adaptar su legislación nacional a la Decisión. De ahí que la Decisión incluya términos que no se han definido, por ejemplo, «víctimas especialmente vulnerables» ¹⁵⁸.

El próximo paso para asegurar la protección efectiva de la víctima de la trata constituye la adopción de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos, o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperan con las autoridades competentes ¹⁵⁹. La iniciativa ya se planteó en la Comunicación de la Comisión de 1996. Su objetivo principal reside en ofrecer un instrumento más en la lucha contra la trata de seres huma-

¹⁵⁵ UE, Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, *Diario Oficial* L 82, de 22 de marzo de 2001.

¹⁵⁶ UE, Consejo de la Unión Europea, Informe de 15 de diciembre de 2004, sobre la aplicación de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, 148301/2/04 REV 2 COPEN 137, consultado el 7 de junio de 2006 en: <http://europa.eu>.

¹⁵⁷ UE Doc. 148301/2/04 REV 2 COPEN 137, pág. 6.

¹⁵⁸ UE Doc. 148301/2/04 REV 2 COPEN 137, págs. 5 y 6.

¹⁵⁹ *Diario Oficial* L 261, de 6 de agosto de 2004.

nos y la inmigración ilegal y, aunque resulta de cierta ayuda a la víctima, queda condicionado a su cooperación con las autoridades competentes, como lo indica el propio nombre y también el contenido de la Directiva. El Preámbulo anuncia el pragmatismo de la medida adoptada, al ponerla en relación con los instrumentos anteriores, tales como las declaraciones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 y la Directiva 2002/90/CE del Consejo ¹⁶⁰, ambos destinados a combatir la inmigración ilegal, y la Decisión marco 2002/629/JAI, de 2002, relativa a la lucha contra la trata.

La Directiva vincula la concesión del permiso de residencia a la duración del procedimiento nacional aplicable en el que el interesado coopera con las autoridades (art. 1). Además, tanto para la expedición como para la renovación del permiso, la víctima debe mostrar una clara voluntad de cooperar y romper toda relación con los presuntos autores de los hechos ilícitos (la trata o la inmigración ilegal). El permiso debe tener una validez de seis meses como mínimo (art. 8.3), pero puede retirarse en cualquier momento, si dejan de cumplirse las condiciones para su expedición (art. 14). Entre los casos de retirada, mencionados en el artículo 14, se recogen tanto aquellos que dependen de la conducta de la víctima (la reanudación «de forma activa, voluntaria y por iniciativa propia» de las relaciones con los presuntos autores de delitos o la cooperación fraudulenta), como aquellos que se basan en una resolución casi arbitraria de las autoridades nacionales. Entre estos últimos, hay que mencionar los motivos relacionados con el orden público y la seguridad nacional, la apreciación del carácter fraudulento de la cooperación o la denuncia de la víctima o, simplemente, una decisión de desistir de la acción. Sin ánimo de exagerar, puede concluirse que esta «transacción», es decir, la concesión del permiso a cambio de la cooperación, coloca a la víctima en una situación de dependencia de las autoridades y tampoco la defiende frente a los autores de la trata o el tráfico, sobre todo si se tiene en cuenta que las autoridades pueden «desistir de la acción» en cualquier momento. De este modo, es muy probable que la víctima se sienta amenazada tanto por las autoridades, como por los presuntos delincuentes, con lo que se multiplican los factores, ya de por sí numerosos, de vulnerabilidad.

La valoración crítica del «espíritu» pragmático de la Directiva no debe impedir apreciar los aspectos positivos que introduce. En primer lugar, las medidas anteriores no contemplaban la ayuda a las víctimas de la trata en situación irregular. La carencia queda superada en el artículo 3 de la Directiva, el cual indica: «1. Los Estados miembros aplicarán la presente Directiva a los nacionales de terceros países que sean o hayan sido víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, aun cuando hayan entrado ilegalmente en el territorio de los Estados miembros». De la disposición citada, se desprende que las personas en situación irregular se benefician de la ayuda y la asistencia, en la misma medida que el resto de las víctimas. En segundo lugar, hay que enumerar algunas ventajas que se ofrecen a las personas antes de la expedición del permiso. El artículo 5 obliga a proporcionar la información pertinente a los interesados por las autoridades competentes directamente o a través de las ONG. Es comprensible que, de entrada, deba informarse de un período de reflexión del que disponen las víctimas para recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos (art. 6). Las víctimas disfrutaban de ciertas garantías y derechos que los Estados se comprometen a proporcionar en virtud de su legislación nacional, tanto antes como después de la expedición del permiso. Los primeros son los enumerados en el artículo 7:

¹⁶⁰ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y la estancia irregulares, *Diario Oficial* L 328, de 5 de diciembre de 2002.

- «1. Los Estados miembros velarán por que los nacionales de terceros países interesados que no posean suficientes recursos disfruten de un nivel de vida que les garantice la subsistencia y el acceso a tratamiento médico de urgencia. Los Estados miembros satisfarán las necesidades especiales de los más vulnerables, incluyendo, en su caso y si así lo dispone su legislación nacional, la asistencia psicológica.
2. Los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta las necesidades en materia de seguridad y protección de los nacionales de terceros países interesados.
3. Los Estados miembros pondrán a disposición de los nacionales de terceros países interesados, si procede, servicios de traducción y de interpretación.
4. Los Estados miembros podrán facilitar a los nacionales de terceros países interesados asistencia jurídica gratuita, si así lo dispone su legislación nacional y en las condiciones establecidas por esta.»

De las fórmulas utilizadas para la redacción del artículo, puede deducirse que, de entre las garantías recogidas en la Directiva, los Estados miembros están obligados a ofrecer a las víctimas un nivel de vida para la subsistencia digna, el acceso al servicio médico de urgencia y la seguridad. Por el contrario, medidas como la asistencia psicológica, los servicios de traducción y de interpretación y la asistencia jurídica gratuita quedan supeditados a la voluntad y a las condiciones establecidas por el legislador de cada Estado. Es lógico que las personas interesadas vuelvan a disfrutar de las garantías mencionadas después de la expedición del permiso, si se dan las circunstancias que las justifican (art. 9). Además, el artículo 11 les proporciona acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación en las condiciones determinadas por el Derecho interno de cada Estado miembro, y el artículo 12 les abre la posibilidad de participar en los programas y planes para recuperar la vida social normal, mejorar sus aptitudes profesionales o preparar su retorno asistido al país de origen. De este modo, la Directiva reitera las medidas de asistencia a las víctimas del tráfico y la trata que podríamos denominar el *standard minimum*, pero no impide que los Estados miembros adopten unas disposiciones más favorables (art. 4).

Este enfoque «minimalista» intenta superarlo un instrumento, adoptado en el marco de Consejo de Europa: la Convención sobre acción contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005¹⁶¹. Debido a la propia naturaleza del Consejo de Europa, de Organización regional comprometida en la lucha por los derechos humanos, la Convención plantea desde esta perspectiva el problema de la trata. En su Preámbulo, subraya que la trata constituye una violación de los derechos humanos y atenta contra la dignidad y la integridad del ser humano. Asimismo, el Instrumento tiene en cuenta los desarrollos anteriores sobre el problema del tráfico, tanto en el ámbito de la UE, en concreto la Directiva de 2004, que acabamos de analizar, como en el ámbito internacional, a saber, la Convención de la ONU de 2000, y, sin romper la uniformidad del planteamiento conceptual ya establecido, pretende

¹⁶¹ COUNCIL OF EUROPE, CETS 197, Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16 May 2005. El texto de la Convención y el Informe explicativo en inglés y en francés pueden consultarse en la página web oficial del Consejo de Europa: <http://www.coe.int>. En la actualidad, 40 Estados han firmado la Convención y 18 la han ratificado. Según el artículo 42.3, para la entrada en vigor del instrumento se requerían 10 ratificaciones, al menos ocho de las cuales sean de Estados miembros del Consejo de Europa. Ha entrado en vigor el 1 de febrero de 2008.

mejorar las medidas de protección de las víctimas de la trata. En el artículo 12, se obliga a los Estados Partes a adoptar la legislación necesaria para ayudar a las víctimas en su recuperación física, psicológica y social, y se reitera un catálogo de medidas mínimas, similares a las incluidas en la Directiva de 2004. De nuevo, se subraya que la asistencia de las autoridades estatales tiene que realizarse en una estrecha cooperación con las ONG, cuya relevancia va aumentando en este proceso. Aunque se observa una clara continuidad y el deseo de una cierta coherencia en el planteamiento con los instrumentos anteriores, es importante subrayar que el artículo 12.6 supone un cambio cualitativo. La disposición rompe con la filosofía, hasta ahora dominante, de un mero canje del permiso de residencia por la colaboración con las autoridades nacionales, e introduce el compromiso de los Estados Partes de no condicionar la asistencia a la víctima a su voluntad de actuar como testigo. En la misma línea, se exige un período de recuperación de, al menos, 30 días (art. 13), y se vincula la posibilidad de expedición de un permiso de residencia renovable a dos condiciones, consideradas de forma conjunta o separada por las autoridades competentes: en primer lugar, la situación personal de la víctima y, en segundo lugar, la cooperación de la víctima en la investigación o en el procedimiento criminal (art. 14.1). Del mismo modo, la Convención desarrolla los derechos de la víctima de la trata a la compensación. Con este fin, el artículo 15.4 prevé la creación de unos fondos de compensación. En cuanto al retorno, en los Instrumentos anteriores, el Estado de destino podía aplicar esta medida, contando con la obligación correspondiente del Estado de origen de aceptar la persona, y con la única obligación por su parte de procurar la seguridad de la víctima. Al respecto, la Convención añade las siguientes obligaciones: la debida observancia de los derechos, la seguridad y la dignidad y, además, preferentemente, la voluntad de la víctima de regresar (art. 16.2).

En España, el ordenamiento jurídico está adaptado a los compromisos asumidos internacionalmente. Así, la Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, con sus modificaciones posteriores¹⁶², y el Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el Reglamento 2393/2004 de esta Ley¹⁶³, prevén las situaciones en las que la víctima de la prostitución puede obtener la autorización de residencia temporal o de residencia y de trabajo. Es el supuesto del artículo 31.3 de la Ley, que establece tal posibilidad por razones humanitarias y de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales, y que desarrolla, a su vez, el artículo 45 del Reglamento de ejecución. No obstante, como indica el propio título de estos preceptos, se trata de unas situaciones excepcionales en unas circunstancias graves, normalmente, de trata o de tráfico. Frente a esta normativa, y de nuevo al igual que en el plano internacional, sorprende el vacío legal en relación con las situaciones que no tengan que ver con los supuestos extremos. Al margen de estos, la situación en que se encuentra la persona prostituida puede equipararse a la genérica de exclusión social. Con buen criterio, se afirma que el empleo representa la mejor protección contra esa situación¹⁶⁴. No obstante, las personas prostituidas no forman parte de los colectivos en riesgo de exclusión social, a los efectos de los incentivos para la contratación. Por el momento, y pese a las promesas del Ministerio de Trabajo, tampoco se hallan entre los beneficiarios de la renta activa de inserción¹⁶⁵. Está claro que las personas prostituidas pueden englobarse en uno o varios de los gru-

¹⁶² La última, por la LO 14/2003, de 14 de noviembre de 2003.

¹⁶³ Publicado en el BOE de 7 de enero de 2005.

¹⁶⁴ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros, *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 185.

¹⁶⁵ El Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, regula el programa de renta activa de inserción. Los colectivos protegidos son los desempleados con especiales dificultades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compro-

pos que se benefician de las bonificaciones a la contratación, como los perceptores de las rentas mínimas de inserción, los que no puedan percibir las por carecer de alguno de los requisitos, los menores de 18 a 30 años, las personas con problemas de drogadicción o alcoholismo, los internos de centros penitenciarios, los menores o las víctimas de violencia doméstica. Pero, al tratarse de una categoría con un perfil determinado, difícilmente pueden alcanzarse con la misma eficacia las medidas practicadas. También es cierto que, al adoptar una postura ambigua en relación con el fenómeno, se dificulta la tarea de inserción: no es fácil pretender «dignificar» el ejercicio de la prostitución y, a la vez, establecer medidas concretas de rescate e integración social. Al igual que los demás Estados, España fracasa en el establecimiento de un régimen jurídico eficaz y coherente para las personas prostituidas¹⁶⁶. En este ámbito, casi todo el mérito corresponde a las ONG.

IV. BALANCE FINAL

El planteamiento metodológico de este estudio, consistente en analizar la oposición de los paradigmas pragmático e idealista aplicados al problema de la regularización de la prostitución, sirve para vislumbrar dos puntos de partida distintos. Desde la perspectiva pragmática, que se sitúa en el ámbito de una hipótesis teórica de corte liberal, se enfocan bajo una nueva luz las relaciones entre lo jurídico y lo moral. De este modo, el claro predominio de la libertad individual en las relaciones jurídicas hace innecesario el recurso a valores éticos o concepciones religiosas. En este modelo, el derecho individual encuentra su limitación tan solo en la contradicción manifiesta con los intereses públicos (la seguridad y la salud), interpretados de la manera más restringida posible. Resulta evidente que el modelo pragmático permite incluir la relación entre la persona prostituida y el cliente, con o sin el intermediario, en el sistema de las relaciones jurídico-laborales. Por otro lado, el paradigma idealista sigue buscando el apoyo tradicional en valores compartidos por la sociedad, y exige una mayor intervención estatal para asegurarlos jurídicamente. En ese modelo, adquiere un papel central el Estado social e intervencionista, que defiende el interés colectivo frente al individual y restringe la libertad de la persona, llegando al extremo de protegerla contra sí misma. En definitiva,

miso de realizar las actuaciones necesarias para facilitar su inserción laboral, que sean parados de larga duración mayores de 45 años; migrantes retornados; personas con discapacidad y víctimas de violencia de género y de violencia doméstica. El beneficiario percibe una ayuda económica, con una cuantía del 80 por 100 del Indicador Público de Renta de Efectos Públicos (IPREM) vigente en cada momento. En el programa, se aplican acciones de inserción laboral, como la atención individualizada por asesores de empleo, la gestión de ofertas de colocación o la incorporación a planes públicos de empleo o formación profesional o a programas integrados para el empleo, o el asesoramiento para el autoempleo. En respuesta a una interpelación de Izquierda Unida, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, anunció en el Congreso de los Diputados que está en estudio la posibilidad de conceder a las prostitutas que dejen su actividad la renta activa de inserción: cfr. «Jesús Caldera plantea pagar un salario social a las prostitutas que dejen su actividad», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Boletín de Noticias*, n.º 68, del 4 al 10 de febrero de 2006, págs. 15 y 19 y ss. La *Ponencia para elaborar un dictamen informativo sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país*, op. cit., pág. 24, indica también que deben ofrecerse planes «que posibiliten alternativas de vida a las personas que están en situación de prostitución facilitando su integración sociolaboral» e «impulsando itinerarios de inserción laboral para conseguir su autonomía económica y que así pueda permitirse optar por abandonar la situación de la prostitución». Y añade que «este proceso debe acompañarse de atención integral y ayudas económicas, impulsando una renta activa de inserción activa para aquellas mujeres que opten por abandonar la situación de la prostitución». En este sentido, dirige al Gobierno la recomendación de «establecer políticas de integración e inserción social y laboral para las mujeres víctimas de explotación sexual» (págs. 25).

¹⁶⁶ OUVARD, op. cit., págs. 120.

la perspectiva idealista asume la crítica del fenómeno de la prostitución como una práctica socialmente intolerable, y proclama la lucha contra esta. Por tanto, no admite la prostitución como una actividad profesional bajo ningún fundamento jurídico.

Ciertamente, ninguno de los dos modelos puede prescindir de la referencia a los derechos fundamentales o, si se quiere, a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal. No obstante, cada uno hace suyo el bien jurídico protegido que mejor se enmarca en su propia concepción. Es apasionante el diálogo, de los más controvertidos, que se entabla entre la libertad y la dignidad, las banderas, respectivamente, de los planteamientos pragmático e idealista. Insistimos en que se trata de un diálogo y no de una oposición, porque, en sus razonamientos, ni los pragmáticos niegan la dignidad, ni los idealistas rechazan la libertad. Al respecto, en el marco del discurso idealista, la dignidad se invoca como un valor incompatible con la existencia misma de la prostitución, y se combina con otros derechos, como la igualdad entre el hombre y la mujer o la integridad física y moral. Tal planteamiento queda reforzado con la Convención de la ONU de 1949, que proclama dicha incompatibilidad. Por su parte, el discurso pragmático alega la dignidad en su manifestación dinámica, a saber, el libre desarrollo de la personalidad, y puede reforzarse con la apelación al derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión u oficio.

Del mismo modo, asumiendo el imperativo de proteger los derechos, los dos modelos concurren en la búsqueda de una panacea para combatir el tráfico y la trata de los seres humanos. No obstante, ni los planteamientos alemán y holandés, que aceptan la prostitución como una actividad profesional, ni la postura sueca, que penaliza a los clientes de los servicios sexuales, han conseguido luchar de manera efectiva contra estas prácticas. La situación actual demuestra que tanto la prostitución forzada, condenada y prohibida en todos los sistemas jurídicos nacionales, como la prostitución libre, reconocida o tolerada, permanecen en la sombra y alimentan la economía sumergida. Asimismo, hay que reconocer que ambos modelos han fracasado en su propósito de luchar contra el tráfico y la trata. Incluso nos arriesgamos a afirmar que, por su naturaleza, la prostitución tiende a la clandestinidad. En este sentido, y aun sin ser una solución al problema, el argumento idealista parece más coherente.

Además, ambos enfoques plantean la política de rescate de la prostitución. Tal vez sea el ámbito donde cobra mayor fuerza la posición idealista. Insistimos en que no nos parece muy lógico regularizar la prostitución como una actividad profesional y, a la vez, proponer medidas que desincentiven su ejercicio. Aparte de esta clara contradicción en la argumentación de los pragmáticos, suscitan serias dudas los propios conceptos legales en cuyo marco se desarrolla el ejercicio de la prostitución. Sin reiterar detalles, basta recordar que la relación laboral en cuestión no se presta tan fácilmente a la descripción en el lenguaje jurídico como en el literario.

Para ilustrar de forma más clara el diálogo interminable entre los pragmáticos y los idealistas, cabe recurrir a la conocida anécdota en que alguien afirmaba que no era racista, pero que tampoco le gustaría que su hija se casase con un negro. Por analogía, este mismo personaje corriente, si fuese idealista, diría que no criticaba la prostitución, aunque no le gustaría que su hija fuese una prostituta. A esto, el pragmático respondería que, si su hija llegase a serlo, preferiría que tuviese unos derechos laborales y una protección social. Con el mayor respeto a ambas posturas, y reconociendo la dificultad de defender sin reservas cada una de ellas, preferimos adscribirnos a los idealistas, quizás porque tenemos una hija.