

PRESENTACIÓN

Francisco Oliva Blázquez

PROSTITUCIÓN, DERECHO Y SOCIEDAD

El presente número de la Revista *Teoría y Derecho* dedica su primera parte a un debate monográfico titulado “Prostitución, derecho y sociedad”. La prostitución, a pesar de tratarse de una realidad con la que convivimos en la sociedad de forma continua, sigue siendo un fenómeno social parcialmente refractario al Derecho y frente al cual los poderes públicos suelen practicar una suerte de tolerancia no exenta, todo hay que decirlo, de grandes dosis de hipocresía. No en vano se ha dicho en numerosas ocasiones, hasta convertirse en una especie de dogma indiscutible, que la prostitución es “alegal” y se desarrolla en el etéreo limbo jurídico de la permisibilidad político-social. Sin embargo, tales afirmaciones, por exageradas, no son del todo correctas.

Por de pronto, existen modelos teóricos que, sobre el papel, afrontan con claridad una política jurídico-legislativa relativa a la prostitución (prohibicionista, abolicionista y reglamentista). Ahora bien, la tozuda realidad de los hechos pone de manifiesto que los sistemas suelen ser incoherentes, incompletos e insatisfactorios. En este sentido, el ordenamiento jurídico español es formalmente abolicionista; por lo que debería perseguir la erradicación radical de la prostitución, sin ambages. Sin embargo, junto a normas que pueden hacer pensar en la persecución de este objetivo (como la criminalización del proxenetismo), conviven normas jurídicas y pronunciamientos judiciales —convenientemente expuestos a lo largo del presente debate monográfico— que, de una forma ciertamente sectorial y asistemática, regulan y reconocen el fenómeno de la prostitución. En otros términos, no se persigue con

claridad y contundencia a la prostitución, que, aun siendo formalmente ilícita, acaba aceptándose o tolerándose como parte de una realidad oficialmente ignorada pero fácticamente asumida por todos.

No es de extrañar, por todo ello, que el estado actual del régimen jurídico de la prostitución en España venga presidido inevitablemente por la inseguridad jurídica, las lagunas y la falta de certidumbre; algo que, cuando se encuentran en juego valores y bienes jurídicos de tan elevado rango como los que se derivan del ejercicio de prestaciones sexuales a cambio de precio, resulta, como mínimo, lamentable y rechazable. Es cierto que la literatura jurídica —no precisamente abundante, más allá del ámbito de lo penal— ha intentado colmar las lagunas y responder a las diferentes incógnitas que se derivan de nuestro ordenamiento jurídico; pero las preguntas que siguen presentándose son tan variadas como importantes, razón más que suficiente, entendemos, para encarar el reto de iniciar un proceso de reflexión profundo en torno a la materia. En este sentido, los profesores Kerman Calvo y Alberto Penadés nos advierten de que las políticas públicas hacia la prostitución sufren de muchas de las limitaciones identificadas en las políticas morales en España, como la presencia de mordazas institucionales (*gag rules*) que dificultan el normal inicio de un proceso de elaboración de una política pública, ante la falta de mecanismos de deliberación y diagnóstico. Esperamos que las siguientes páginas sirvan precisamente para superar esta barrera, ofreciendo para ello un marco de debate y deliberación que pueda resultar útil y funcional.

Es evidente que la prostitución puede abordarse desde muy distintas perspectivas (política, económica, jurídica, antropológica,

psicológica, etc.), todas ellas indudablemente interesantes y hasta diría imprescindibles para alcanzar un conocimiento global del fenómeno. No obstante, por razones de espacio y de optimización de recursos, el debate de este número se centrará en cuatro aspectos que han sido considerados como especialmente importantes. Por un lado, la presumida ilicitud causal del contrato de prestación de servicios sexuales, en cuanto que provoca la nulidad radical del negocio jurídico con todas las consecuencias que de ello se derivan para las personas que ejercen la prostitución (especialmente en el sector del Derecho laboral). Por otro lado, los aspectos jurídicos-administrativos de la prostitución, en tanto que existe una normativa sectorial y de carácter territorial —no estatal— que ha pretendido responder a problemas puntuales que han sido objeto de vívidos debates por parte de la opinión pública (como el ejercicio de la prostitución en los espacios públicos). En tercer lugar, se estudia la prostitución de menores e incapaces en el Código Penal, una cuestión especialmente delicada que, sin embargo, carece de una respuesta clara, ordenada y segura por parte del legislador. Y finalmente, el debate monográfico abandona el campo estrictamente jurídico para adentrarse en el ámbito de las consideraciones sociológicas en torno a la prostitución: ¿qué opinión tiene la ciudadanía sobre la prostitución? Amén de tratarse de una cuestión escasamente tratada, entendemos que un elemento imprescindible de cualquier debate consiste en conocer cuál es la posición que los españoles asumen frente al fenómeno de la prostitución, ya que la opinión social dominante debería emplearse como punto de referencia inexcusable de las políticas públicas que finalmente haya que llevar a cabo.

Antes de dar paso al lector, juez natural del contenido de los trabajos publicados, llevaremos a cabo con algo más de detalle una breve presentación del contenido de cada uno de los citados estudios, como una suerte de anticipo de lo que finalmente encontrará en las siguientes páginas.

El debate se abre con un artículo titulado “Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea”, que aborda la cuestión de la ilicitud civil presuntamente connatural al contrato de prestación de servicios sexuales, convertida en escollo inexpugnable para el reconocimiento de cualquier eficacia jurídica a dicho contrato. En otros términos, se considera que el contrato en virtud del cual alguien abona un precio a cambio de percibir una prestación sexual es radicalmente nulo por contar con un objeto o una causa que contraviene la ley imperativa, la moral o las buenas costumbres (arts. 1271 y 1275 CC). De esta forma, la relación contractual resulta inexistente para el Derecho, con todas las consecuencia que ello acarrea en términos de pérdida de derechos de todo tipo (sociales, laborales, fiscales, civiles).

Desde luego, ello parece ser especialmente claro cuando hablamos de la prostitución por cuenta ajena, esto es, como contrato de trabajo propiamente dicho, ya que el proxenetismo se encuentra tipificado como delito, constituyendo por ello un “caso de libro” de contrato con causa contraria a una ley imperativa. Sin embargo, cuando nos referimos a la prostitución por cuenta propia, ejercitada de forma libre y completamente voluntaria, al no producirse la intervención de un proxeneta, no hay delito de prostitución, por lo que en principio habría que considerar que nos encontramos ante una actividad lícita. Es cierto que algunas voces de la doctrina penal han propuesto llevar a cabo una lectura del delito de proxenetismo vinculada a la idea de abuso, explotación y vulnerabilidad, interpretación que en cierto modo ha sido acogida por la sentencia de 18 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social de Barcelona. En otros términos, la prostitución ejercitada de forma completamente libre (sin coacción) por una persona adulta no sería constitutiva de ilícito penal. No obstante, mientras no se reforme la ley o se construya una jurisprudencia clara y uniforme que diga lo contrario, el proxenetismo seguirá siendo delito (incluso con la nueva redacción otorgada por la LO

1/2015), lo que provocará en un principio la nulidad completa del contrato de trabajo realizado.

Por otro lado, la prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica ha sido siempre considerada como un clásico ejemplo de contrato con causa ilícita por contravenir la moral (causa torpe). Sin embargo, bajo la aparente ilegalidad de estos contratos, se oculta en realidad un planteamiento basado en prejuicios morales y éticos que, en gran parte, han sido superados en la actualidad. La moral es un concepto jurídico indeterminado que debe integrarse con la ética social existente en cada momento histórico, y tiene que construirse teniendo en cuenta todos los principios, valores y derechos que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (“ética constitucional”), debiendo considerarse como inmoral aquello que repugne a la conciencia social. No parece que esto ocurra con la prostitución, una actividad que cuenta con un reconocimiento importante en nuestra sociedad, como lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia considera que puede ejercerse en el ámbito del derecho a la libertad de empresa, que se haya calificado al alterne por nuestros tribunales como completamente legal o, entre otros muchos datos, el hecho de que existan instrumentos normativos de distinto rango que tienen como finalidad abiertamente declarada la de defender el orden público, la salud y el bienestar social, como preciados bienes de la comunidad, frente al ejercicio de la prostitución. Si el ordenamiento jurídico admite y de alguna forma otorga cobertura legal al fenómeno de la prostitución bajo determinadas circunstancias, difícilmente puede llegarse a la conclusión de que la moral social se opone frontalmente a tal actividad (en este sentido, STS 14 abril 2009).

A modo de conclusión, se defiende que, independientemente de cuál sea el posicionamiento ético-moral de cada cual frente a la prostitución como fenómeno, la denegación de derechos a las personas que se prostituyen, amparada en la ilicitud intrínseca de la activi-

dad por causas morales, es algo en sí mismo rechazable e inaceptable, que por lo tanto debería superarse tal y como han hecho de forma aislada algunos pronunciamientos judiciales.

Continúa el debate con un estudio aportado por el profesor Eduardo Gamero Casado, titulado “La prostitución: aspectos jurídico-administrativos”. El autor comienza su trabajo recordando que, por lo que respecta a la regulación jurídico-administrativa del fenómeno de la prostitución, hay dos opciones: o bien se prohíbe expresamente (postura que califica como *neo-abolicionista*) o bien se regula su ejercicio (*regulacionismo*). Sin embargo, considera completamente inadmisibles el silencio y la falta de regulación legal actual, teniendo en cuenta que en la prostitución concurren una serie de bienes y valores extremadamente sensibles como la seguridad, la higiene, la protección de los menores de edad, la libertad y, finalmente, la dignidad de las personas que se prostituyen.

Una vez manifestada de esta forma, contundente y nítida, su visión general del fenómeno, el autor pasa a analizar la pretendida “alegalidad” de la prostitución, que rechaza abiertamente, así como los argumentos que vendrían a avalar la prohibición de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Cómo resuelve el profesor Gamero este escollo a su razonamiento? Por un lado, considera que el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, que efectivamente prohíbe la prostitución, es una norma en claro desuso, y esa persistente inaplicación, siguiendo a Kelsen, conduciría inequívocamente a afirmar su ineficacia. Por otro lado, aunque el Convenio de Lake Success tiene eficacia en nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE), ello no obliga a penar por completo toda forma de prostitución (STC 129/1996).

Llegados a este punto, el profesor Gamero afronta el núcleo de su trabajo, que no es otro que la dimensión jurídico-administrativa del ejercicio, claramente tolerado “no sin cierta hipocresía”, de la prostitución en establecimientos abiertos al público y en la vía pública.

No obstante, como postulado metodológico previo, aclara que el ámbito de la prostitución que puede considerarse lícito desde la óptica del Derecho administrativo aparece delimitado en sentido negativo por el perímetro del Derecho penal. Por lo que respecta a la prostitución que se ejerce en establecimientos abiertos al público, se afirma que carece con carácter general de una legislación reguladora específica, debiendo colmarse la laguna existente mediante la aplicación de la legislación más afín al tipo de establecimiento, en función de los servicios que en el mismo se presten (bar, alojamiento, sauna, masajes, etc.). No obstante, existen dos normativas que regulan el régimen de los establecimientos dedicados a la prostitución: la Ordenanza local de Bilbao sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución de 12 de mayo de 1999, así como el Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas de Cataluña. El autor, una vez analizado su contenido, considera decepcionante el hecho de que la escasa legislación —*latu sensu*— existente contemple muy pocas medidas protectoras de las personas que se prostituyen, tanto en lo relativo a las garantías de su libertad y dignidad, como en lo referente a la salubridad de la actividad que realizan, evitando que se vean expuestas a tratos vejatorios o al contagio de enfermedades.

Con relación al ejercicio de la prostitución en la vía pública, diferentes municipios han optado por afrontar el problema mediante ordenanzas cuya tónica general es la de diferenciar supuestos o espacios en los que no se prohíbe ni se sanciona la prostitución y otros en los que sí. No obstante, el autor entiende que debería prohibirse el ejercicio de esta actividad en la vía pública, al igual que sucede con otras que resultan potencialmente nocivas para colectivos influenciados y merecedores de tutela.

Finalmente, el profesor Gamero concluye su trabajo abordando brevemente otra dimensión del fenómeno de la prostitución: la necesidad de ofrecer servicios sociales que asistan

a las personas implicadas en esta actividad y que requieran apoyo y orientación. Aunque la adopción de este tipo de planes de intervención y servicios sociales comunitarios constituye primordialmente una competencia municipal, la Administración del Estado tiene un papel importantísimo que desempeñar en ejercicio de potestades de policía administrativa, en cuanto que un adecuado plan de inspección de locales puede ser decisivo para la prevención de la trata de seres humanos y su persecución criminal.

El tercer elemento del debate se encara desde la perspectiva penal, y más concretamente a partir del análisis crítico de la regulación que el Código Penal hace de los delitos de prostitución de los menores de edad e incapaces. El autor, José Núñez Fernández, comienza denunciando lo que ha sido un gravísimo error del legislador mantenido durante años: la omisión de la naturaleza de la pena contemplada para el delito, algo que considera como una “clara y grave quiebra de la garantía penal derivada del principio de legalidad”, más que un simple olvido u omisión perdonable de un legislador que se ha caracterizado, en el ámbito penal, por llevar a cabo modificaciones legislativas de carácter irreflexivo y de escasa calidad técnica. La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha rectificado el error estableciendo de manera expresa la naturaleza y la extensión de las penas con las que el delito se conmina, si bien el problema seguirá existiendo respecto de todos los comportamientos cometidos durante la vigencia de la LO 5/2010, de 22 de junio.

A continuación, el profesor Núñez Fernández pone de manifiesto la vulneración del principio de proporcionalidad en que incurre el Código Penal tras la reforma del año 2010, momento en el que en su opinión se distinguió entre dos comportamientos diferentes: la prostitución de menores e incapaces propiamente dicha y el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa con un menor o un incapaz. Efectivamente, salta a la vista que la primera modalidad es más grave que la segunda, por lo que deberían contar con

penas diferentes, en atención a la mayor o menor gravedad del comportamiento enjuiciado. En cualquier caso, el legislador ha reafirmado nuevamente este error mediante la reciente LO 1/2015, que ha castigado las dos modalidades en dos apartados distintos, estableciendo penas diferentes que de esa manera vienen a reducir la falta de proporcionalidad denunciada.

Otro de los problemas exegéticos que plantea el tipo objetivo es el de la amplitud de la norma, que se refiere en general a la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución. Nuevamente la norma es contraria al principio de proporcionalidad, en tanto que sitúa al mismo nivel punitivo lo que en puridad son formas de complicidad, cooperación necesaria e inducción, contradiciendo de ese modo el sistema general del Código penal de punición de las formas de intervención en delito. En otras palabras, se equiparan punitivamente aportaciones a la prostitución del menor o incapaz de muy distinta entidad, lo cual no deja espacio más que a la autoría como forma de intervención. La doctrina ha propuesto una interpretación restrictiva, en virtud de la cual solo debe responder como autor el que realice actos asimilables a la inducción o a la cooperación necesaria. No obstante, el autor considera que dicha interpretación es incoherente con el tenor literal del precepto normativo, amén de que provoca cierta inseguridad jurídica, pues los criterios que delimitan la autoría de la complicidad se definen en términos valorativos por parte de quienes abogan por esta interpretación restrictiva. Por todo ello, recomienda un cambio legislativo profundo que acabe con estos problemas hermenéuticos.

Respecto al segundo supuesto delictual (solicitar, aceptar u obtener relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa con un menor o un incapaz), se considera que habrá consumación con la mera solicitud o aceptación de la relación sexual, lo cual, para el autor, es un nuevo ejemplo de vulneración del principio de proporcionalidad, pues no es lo mismo, obviamente, solicitar que obtener una relación sexual.

Finalmente, el profesor Núñez Fernández afronta la delicada y controvertida cuestión del bien jurídico protegido por el artículo 187.1 CP, que, según la tesis mayoritaria, sería la libertad sexual o el proceso de formación de la voluntad en el ámbito sexual. Sin embargo, el autor, por diferentes razones jurídicas que expone con detalle (como la libertad sexual en sus dos vertientes), así como contando con el apoyo de una línea jurisprudencial en la que la condena se basa en una situación de inferioridad de los menores derivada de factores ajenos a la edad (drogadicción, ausencia de recursos, etc.), llega a la conclusión de que la norma debe desaparecer en cuanto que tiene una razón de ser meramente simbólica y de alta carga moralizante. En su opinión, la libertad sexual y la dignidad humana se comprometen cuando la decisión de prostituirse o de mantener relaciones sexuales a cambio de precio se obtiene mediante coacción o abuso, por lo que hubiera bastado con el ámbito típico del actual art. 188 CP hasta convertirlo en un tipo abierto. A mayor abundamiento, desde una perspectiva sistemática y comparativa con otros delitos, se advierten disfunciones valorativas difíciles de explicar que el autor expone con toda claridad, y que no han sido resueltas con la LO 1/2015, que repite en esencia el esquema punitivo vigente para los delitos relativos a la prostitución agravando las penas con las que los castiga.

El autor, a modo de conclusión, y con el objeto de superar las aporías descritas, propone descriminalizar las conductas no abusivas ni coactivas relacionadas con la prostitución que afecten a menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y ampliar el ámbito típico de las intervenciones coactivas o abusivas en la prostitución cualesquiera que sean los sujetos pasivos.

El último de los estudios que componen el panorama del presente debate se titula "Actitudes hacia la regularización de la prostitución en España: una aproximación a partir de datos de encuestas", y ha sido realizado por Kerman Calvo y Alberto Penadés, ambos profesores de sociología de la Universidad de Salamanca. Los

autores, tras constatar el estado de inseguridad y confusión que existe en torno a la prostitución en España, llegan a la conclusión de que la mejor manera de salir del enquistado debate existente es consultar a la ciudadanía y, en consecuencia, tomar la decisión que mejor se acomode a estas opiniones. Por ello, haciendo uso de los limitados datos de encuesta existentes, analizan las actitudes que los españoles tienen hacia la prostitución, adelantando desde un principio que “nuestra hipótesis es que la opción de la legalización es mayoritaria”.

Ahora bien, los autores se topan con un grave problema *ab initio*: el estudio científico riguroso de esas actitudes es muy escaso en la literatura sociológica española, por lo que ante la debilidad de los análisis disponibles, construyen su tesis, en primer lugar, en torno a estudios aislados y de carácter local (Madrid y Jaén) basados en muestras *ad hoc* que vendrían a confirmar una tendencia hacia la regulación y legalización. No obstante, los autores reconocen expresamente que “poca seguridad nos debería dar conclusiones basadas en estudios parciales, no representativos de la población en su conjunto”. Por ello, a continuación llevan a cabo un análisis de los datos de una encuesta telefónica del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) sobre actitudes y prácticas sexuales, elaborada —en torno a una pregunta desafortunada y de baja calidad— en el año 2008, que les conducen a la misma conclusión: la gran mayoría de los ciudadanos se muestran favorables a la legalización de la prostitución (aproximadamente un 80%). No obstante, se detectan diferencias esenciales e interesantes de actitud en función del perfil de las personas, que pasamos a resumir brevemente.

Así, la oposición a la legalización la protagonizan las mujeres, en cierta vindicación de los postulados feministas más abiertamente opuestos a cualquier aceptación legal y/o institucional de la prostitución. Existe igualmente un mayor rechazo a la regularización tanto entre los más mayores como entre los más jóvenes, y las personas que viven en poblaciones grandes son más favorables a la legalización,

quizás, apuntan los autores, porque al estar más expuestos a la misma en su entorno urbano, ven en la legalización una solución para retirar a estas mujeres de la vía urbana.

Otras variables socio-demográficas son también relevantes, como es el caso de la clase social, por cuanto las personas de clase obrera no cualificada y las personas inactivas en el mercado laboral son menos proclives a defender la legalización. Este efecto, que los autores califican como “(relativo) rechazo proletario”, contrasta con el elemento del nivel educativo, ya que la educación no condiciona significativamente las respuestas. La nacionalidad también parece influir, siendo los ciudadanos de origen extranjero menos afines a la legalización, lo cual podría explicarse bien por una suerte de empatía de clase o de grupo nacional (por el elevado número de prostitutas extranjeras trabajando, forzosamente en muchos casos, en España), bien por la presencia de un menor liberalismo en cuestiones de costumbres.

Los profesores Calvo y Penadés abordan una de las cuestiones clave que afloran en todo posicionamiento frente a la prostitución: las visiones morales dominantes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas. Y en este sentido, llegan a la conclusión de que las personas más religiosas y las personas más intolerantes en sus actitudes hacia la permisividad sexual incrementan la probabilidad de oponerse a legalizar la prostitución. Sin embargo, es de destacar que, aparentemente, la llamada justificación “naturalista” de la prostitución (esto es, la consideración sobre el diferente apetito y necesidades sexuales de hombres y mujeres) parece ajena a la opinión pública española, al igual que el nivel de actividad sexual, pues no hay diferencias significativas entre quienes tienen vida sexual muy activa, relativamente activa, más bien retraída o inexistente.

Finalmente, como era de esperar, el haber sido o no consumidor de prostitución sí condiciona la actitud hacia la regulación, de tal manera que las personas entrevistadas que han consumido prostitución (mayoritariamente

hombres) tienen una propensión significativamente mayor a mostrarse de acuerdo con su inevitabilidad y su necesaria legalización (incluyendo a las pocas mujeres que en la muestra estadística reconocen haber consumido prostitución, por lo que aquí el efecto género desaparece). En definitiva, legalizarían antes la prostitución aquellos con mayores probabilidades, presentes o futuras, de ser sus consumidores.

Este es el contenido que, de forma extensa y desarrollada, encontrará el lector a lo largo de las siguientes páginas. Tal y como señalamos al principio de esta presentación, esperemos que el presente debate contribuya a superar esas mordazas que aún se interponen en el ejercicio de un proceso deliberativo, abierto y libre, en torno al complejo fenómeno de la prostitución.