

## EL DERECHO COMO CREADOR DE IDENTIDADES DE GÉNERO ESTIGMATIZANTES Y OPRESIVAS: EL CASO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PROSTITUCIÓN

*Daniela Heim*

*Investigadora del Grupo Antígona  
Universitat Autònoma de Barcelona*

### Introducción

Hace treinta años, el derecho era acusado por numerosas corrientes feministas de ser ciego frente al género (Smart, 1989, 2002). En la actualidad, y gracias a los renovados intentos de utilizar el derecho a favor de las mujeres y de instrumentarlo para eliminar las discriminaciones de género –y muy especialmente para erradicar la violencia contra las mujeres–, las cosas han cambiado (¡afortunadamente!). Sin embargo, los sistemas jurídicos contemporáneos –incluidos aquellos que intentan de alguna manera esforzarse por garantizar el derecho fundamental a la igualdad sustantiva– siguen teniendo grandes dificultades para deconstruir las categorías opresivas de género que ellos mismos crean, moldean y perpetúan, como así también para responder a una concepción autónoma de las mujeres, es decir, para entenderlas como sujetos jurídicos.

A partir de esta premisa, este texto tiene dos objetivos: 1) analizar y criticar las categorías de género que se encuentran en las normas vigentes en materia de prostitución de personas mayores de edad y 2) promover un debate profundo sobre la necesidad de crear nuevos instrumentos jurídicos, que sean capaces no sólo de eliminar las discriminaciones de género existentes, sino también de evitar la creación de unas nuevas y que éstas, a su vez, sean capaces de responder a una concepción autónoma del sujeto jurídico femenino y al desarrollo de los derechos de ciudadanía de las mujeres, suponiendo que ésta es una vía posible para mejorar su calidad de vida.

A fin de acotar el análisis normativo a la extensión requerida para este trabajo, se han seleccionado las principales normas que tratan sobre prostitución de personas capaces mayores de edad y sobre tráfico de personas para su explotación sexual a nivel estatal y, para acabar, se hace una espe-

cial referencia a la normativa local de Barcelona, en concreto, a la denominada Ordenanza Cívica de la ciudad.<sup>1</sup>

### **Marco normativo global.**

Desde que el régimen franquista ordenara la clausura de las casas de prostitución (mediante el Decreto del 3 de marzo de 1956) y, más concretamente, desde que en 1962 España ratificara el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), de 1949, el Estado español ha intentado llevar a cabo una política de carácter abolicionista que ha optado por mantener al margen de las sanciones penales tanto a la oferta como a la demanda de servicios sexuales a cambio de dinero<sup>2</sup>.

El silencio jurídico con relación al ejercicio de prostitución propia de personas capaces mayores de edad, en la práctica se ha expresado en una mayor o menor tolerancia al fenómeno, lo que ha dado por resultado que el ejercicio de la prostitución sea más o menos visible y se desarrolle en condiciones más o menos opresivas para las personas involucradas en esta actividad y para el ejercicio de sus derechos. Entre otras variadas cuestiones, esta situación ha dependido de:

- a) la prohibición o permisión de diferentes conductas relacionadas con la prostitución (como el proxenetismo y la tercería locativa);
- b) las medidas de prevención y represión de la explotación de la prostitución ajena y del tráfico y la trata de personas para la explotación sexual;
- c) la sanción de numerosas normas administrativas, fundamentalmente del ámbito autonómico y local que impiden, regulan y/o limitan la oferta y demanda de servicios sexuales.

.....  
 1 Un análisis más completo de las normas que tratan la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual se desarrolla en la investigación titulada "Mujeres en contextos de prostitución ¿sujetos de derecho u objetos de protección?", realizada en el marco del Doctorado en Derecho Público: "Las transformaciones del Estado de Derecho desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal" de la Universitat Autònoma de Barcelona.

2 Una explicación detallada de la normativa anterior a 1956 puede encontrarse en Nicolás (2007). Por lo que respecta a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores de edad, ver en particular los arts. 187, 188.3 y 189 del Código Penal.



De esta manera, la ausencia de normas estatales (fundamentalmente de prohibición, pero también de autorización expresa) relacionadas con la oferta y la demanda de la prostitución propia de personas capaces adultas, ha convivido con una buena cantidad de normas que regulan diferentes aspectos vinculados con ambas actividades en el ámbito del derecho administrativo autonómico y local, lo cual ha generado una situación de ambivalencia jurídica que ha colocado a las mujeres involucradas en estas actividades y a sus derechos en una situación muy frágil.

Los delitos relativos a la prostitución y al tráfico de personas para la explotación sexual.

Hasta la aprobación del Código Penal de 1995, los delitos relativos a la prostitución se encontraban articulados en numerosas disposiciones penales, mal ordenadas y confusas, que se ubicaban tanto en el Código Penal como en leyes especiales con un marcado sesgo prohibicionista, como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. El Código Penal de 1995 supuso un importante vuelco en el régimen penal de la prostitución, puesto que no sólo derogó todas aquellas disposiciones sino que también ubicó definitivamente las sanciones relacionadas con la prostitución dentro del ámbito de los delitos contra la libertad sexual, relevándolas, con ello, del sesgo moral que hasta entonces las había caracterizado<sup>3</sup>.

Con el nuevo código sancionado en 1995, los delitos relativos a la prostitución de personas capaces mayores de edad quedaron limitados a las conductas de *determinar coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella* (art. 188).

Así, la nueva regulación penal dejó impune todo un conjunto de conductas anteriormente penalizadas, que suponían la facilitación de locales e in-

.....  
 3 Los delitos relativos a la prostitución, así como otros delitos relacionados con la sexualidad, habían estado tradicionalmente regulados como delitos contra la honestidad. Una reforma al Código Penal de 1973 realizada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio, de actualización del Código Penal, ya había pasado los delitos relativos a la prostitución al rubro de los delitos relativos a la libertad sexual. Sin embargo, hasta la sanción del nuevo Código Penal de 1995 la regulación penal de la prostitución continuaba en la línea del derecho penal moralizador que había caracterizado el régimen penal franquista, protegiéndose, en última instancia, no la libertad sexual de las personas, sino la moral sexual del momento (Muñoz Conde, 1993). Ejemplo de ello lo constituyen numerosas sentencias que continuaban interpretando la libertad sexual en los términos con que anteriormente se interpretaba la honestidad, y que recogían la idea de la mujer como "guardián sacrificado de su virtud" (Caruso Fontán, 2006: 54).

muebles para el ejercicio de la prostitución (tercería locativa) y el lucro de la prostitución ajena (proxenetismo o rufianismo), recogidas en los distintos supuestos previstos en el art. 452 bis del Código Penal anterior. De esta manera, se intentó, por una parte, evitar los problemas de penalización de las propias prostitutas que también se dedicaran a estas actividades como así también de las personas que sin ser proxenetas en sentido estricto, dependieran económicamente de ellas (Heim, 2006). Por otra parte, se pretendió así limitar la intervención penal sólo a los supuestos de vulneración de la autodeterminación y la libertad sexual, siendo éste último el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos (Maqueda, 2008a).

En esta tarea, el Código Penal de 1995 había omitido la incorporación del delito de tráfico de personas para la explotación sexual como un atentado a la libertad sexual. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril intentó subsanar esta omisión, incluyendo este tipo penal en el apartado segundo del art. 188, y limitando el supuesto típico a los casos en que mediare violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

En aras de reforzar la lucha contra el tráfico de personas, una nueva reforma al Código Penal, se apartó definitivamente del modelo originalmente propuesto por el Código de 1995. Se trata de la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuyos fundamentos tienen su origen en las disposiciones del Consejo Europeo de Tampere<sup>4</sup>.

Esta reforma del 2003, en cuanto aquí nos interesa, afecta dos tipos penales:

- a) Una nueva redacción del art. 188 del Código Penal, que a la penalización de la conducta de determinar "*empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella*", agrega la de lucrar "*explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*".

.....  
4 Entre otras cuestiones, el Consejo de Tampere acordó actuar contra la inmigración ilegal en su origen "en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los inmigrantes" (art. 23).



- b) Un cambio de ubicación del art. 188.2, referente al tráfico de personas para la explotación sexual, que pasa a ser el art. 318 bis. 2, dentro del título relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Además del cambio de ubicación de este tipo penal, desaparece de su redacción la exigencia de que la conducta sea realizada mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, extremos que pasan a constituir una agravante al tipo básico<sup>5</sup>.

Por lo que respecta al añadido al art. 188.1, cabe señalar que aunque formalmente se desconocen los motivos de esta ampliación del tipo<sup>6</sup>, el mismo es una copia prácticamente idéntica a la del art. 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de la ONU de 1949, que propone el castigo de quien “*explotare la prostitución de otro, aún con el consentimiento de tal persona*”.

De esta manera, la regulación penal vigente retomó una larga tradición jurídica de la que parecía haberse apartado en 1995, volviendo a recrear los estereotipos de género que habían impedido hasta entonces a las mujeres que ejercían la prostitución de manera voluntaria el ser consideradas como sujetos de derechos y que les había negado su autonomía personal y la capacidad de tomar decisiones conforme a ella<sup>7</sup>. Asimismo, y con el refuerzo de la expresión “*aún con el consentimiento de...*”, esta nueva redacción del tipo penal previsto en el art. 188.1 del Código Penal creó una categoría muy particular de género: la de *prostituta*, imponiendo por norma una categoría diferenciada de mujer que viene definida por su negativa: lo que no debe *ser* (Petherson, 1996) y que refuerza el estigma de la prostitución, en su función de modelo admonitorio dirigido a las mujeres con la finalidad de asegurarse de que cumplan sus mandatos de género,

.....  
5 El tipo básico se describe en el art. 318 bis. 1, que penaliza al que “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

6 El agregado de esta frase responde, en realidad, “a una enmienda surgida durante la tramitación parlamentaria sin reflejo en el proyecto originario ni en la exposición de motivos final (Rey Martínez, 2004: 99).

7 Si se aceptara que el consentimiento es absolutamente irrelevante “... porque nunca es posible que una persona acceda a entregar su cuerpo poco menos cabría que estimar que quien yace con esa persona se sitúa en los confines de la violación o de cualquier otra agresión sexual. Y lo cierto es que no es así, a pesar de que (...) habría que reconsiderar el calificativo que merece la conducta de quien utiliza sexualmente a una persona que sabe que está prostituida bajo amenaza de muerte y que el dinero que le entrega ni siquiera va a ser para ella” (Quintero Olivares, 2006: 194, en García Arán, coord., 2006).

incluidos los que imponen el proporcionar a los hombres sexo y cuidados de forma gratuita (Juliano, 2004).

Por otra parte, y en cuanto a la nueva redacción del delito de tráfico de personas para su explotación sexual, el hecho de la que la exigencia de la regulación anterior de que la conducta sea realizada mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, haya dejado de constituir el tipo básico para pasar a conformar una agravante del mismo, demuestra que la nueva orientación de la política criminal orientada a controlar este fenómeno asocia el tráfico de personas con la inmigración ilegal, sumándose así a la cada vez más pronunciada tendencia a tratar toda migración ilegal como tráfico. En el tema que nos ocupa, dicha tendencia tiene, además, un pronunciado sesgo de género, pues viene a considerar que toda mujer inmigrante que ejerce la prostitución es una mujer traficada, lo cual niega cualquier migración autónoma que tenga por fin, declarado o latente, la prostitución adulta ejercida por cuenta propia (Holgado, 2004; Juliano, 2004; López Precioso y Mestre, 2006) y pone de manifiesto la hipocresía de estas medidas, que más que perseguir la “integración social de los extranjeros” (como indica su título), lo que hace es crear y legitimar nuevas estrategias de exclusión (Maqueda, 2008b: 27-28).

También resulta incomprensible la nueva ubicación del delito de tráfico de personas para su explotación sexual dentro de los delitos contra los trabajadores extranjeros, desde que la prostitución no se considera un trabajo y, por tanto, no se reconoce ningún tipo de derechos derivado de esta actividad a las personas que la realizan, circunstancia que queda de manifiesto en la norma que reglamenta la Ley de Extranjería<sup>8</sup>, al excluir de los supuestos de autorización de residencia temporal por razones humanitarias el tráfico de personas para explotación sexual (art. 45.4.a), para quienes, no obstante, queda la restrictiva alternativa prevista en el inciso 5 del mencionado artículo<sup>9</sup>, cuyo limitado alcance y contenidos se comentará más adelante.

.....  
8 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

9 Estos casos quedan contemplados en el inc. 5 del art. 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece: “se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o de seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.



La reforma de 2003, además de dar por tierra los esfuerzos del Código Penal de 1995 por no invadir la esfera sexual de las personas y su capacidad de autodeterminación en este ámbito, dio un giro hacia un abolicionismo que lejos de defender la autonomía personal de las mujeres que ejercen la prostitución las victimiza, anulando y desconociendo su capacidad de libertad, decisión y autonomía, convirtiéndolas en menores que necesitan protección, reinserción y no derechos (López Precioso y Mestre, 2006).

Este giro, lejos de las intenciones de ser reconducido mediante una nueva reforma al Código Penal que permitiera un tratamiento diferente de la cuestión<sup>10</sup> o, mejor, que devolviera al Código Penal la claridad y la coherencia que tuvo en esta materia en su versión original (Maqueda, 2008a), fue recientemente ratificado por la legislatura, en oportunidad de recomendar al gobierno el refuerzo de las políticas abolicionistas de lucha contra la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual, sin dar lugar a ningún tipo de medidas que signifiquen reconocer la actividad como trabajo ni, mucho menos, reconocer derechos a las personas que la realizan (Acuerdo de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades por el que se aprueba el Informe de la Ponencia sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país, del 24 de mayo de 2007).

### **La Ley de Extranjería y su Reglamento.**

La reforma a la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (conocida como Ley de Extranjería), llevada a cabo por las leyes 4/2000, 8/2000 y 14/2003, introdujo dos innovaciones en lo que respecta a los derechos de las personas insertadas en contextos de prostitución.

La primera de ellas, es que a partir del año 2000 desaparece la causa de expulsión que anteriormente configuraba la falta de medios lícitos de vida (prevista en el art. 26 de la ley de 1985 y dentro de la cual se incluía la prostitución). De esta manera, la nueva regulación recoge la doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que en coherencia con la jurisprudencia de su Sala Social, considera que la actividad denominada "alterne" no constituye un medio ilícito de vida<sup>11</sup>

.....  
10 Propuesta presentada por el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés* (Expediente del Congreso 573/000003, registrado el 19 de Abril de 2006).

11 Ver Sentencias del TS del 21 de julio de 1995, 24 de febrero de 1997, 7 de abril de 2003 y 4 de mayo de 2004, entre otras.

y que los recursos económicos obtenidos de la práctica de la prostitución tampoco pueden entenderse como tales<sup>12</sup>.

La segunda es que -siguiendo la tendencia de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 de Naciones Unidas y sus dos Protocolos<sup>13</sup>- el art. 59 de la actual Ley Orgánica de Extranjería establece una excepción al régimen de sanciones, aplicable a aquellas personas que hubieran ingresado ilegalmente al país o no hubieran cumplido con su obligación de declarar la entrada al mismo y se encontraran viviendo irregularmente en el territorio español o trabajando sin autorización, sin documentación o con documentación irregular, y que hubieran sido víctimas, perjudicadas o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución.

Este artículo prescribe que tales personas quedarán exentas de la responsabilidad administrativa derivada de la Ley y no serán expulsadas del país si cumplen con las siguientes condiciones:

- a) denunciar a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico,
- b) o cooperar o colaborar con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Las disposiciones del art. 59 de la Ley de Extranjería se reglamentan en el art. 45 del Reglamento de ejecución de esta ley<sup>14</sup>, que establece los supuestos de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, incluyendo en su inciso 5) la autorización de residencia temporal para las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales o cuando concurren razones de interés público o

.....  
12 Ver sentencias del 24 de julio de 1990, 1 de febrero de 1993 y 18 de octubre de 1993,, criterio también compartido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la sentencia 21516/2000 del 7 de junio de 2000, entre otras.

13 Se trata del Protocolo contra el tráfico de emigrantes por tierra, mar y aire y del Protocolo para la prevención, supresión y penalización del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños, también conocido como Protocolo de Palermo.

14 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cabe aclarar que la reciente reforma a este Reglamento, introducida por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, no afecta estos puntos.



seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Estas normas, al tiempo que refuerzan una línea de intervención más centrada en la persecución del delito que en la protección de las víctimas<sup>15</sup>, crean otra categoría de género altamente discriminatoria, que es la de víctima “inocente”, pues lo que la aplicación de estas normas exige es que, para que una víctima de tráfico pueda ser considerada como tal ante el derecho español y, en consecuencia, pueda ejercer los derechos que las leyes le conceden (como el derecho a residir temporalmente en el país), debe probar: a) en primer lugar, que ha sido traficada y, b) en segundo lugar, por quién. En otras palabras, se le exige a la víctima que pruebe su propia condición de tal, lo cual, además de presentarse como un hecho totalmente inusual e inadmisibles dentro de las instituciones procesales de cualquier Estado de derecho, conforma un plus de sufrimiento para la mujer, que ve cuestionada su credibilidad y su calidad de víctima de una vulneración de derechos humanos, lo cual reafirma, una vez más, la presencia en estas intervenciones del estigma que acompaña la prostitución y la discriminación que comporta.

La reciente ratificación por parte del gobierno español del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos, habilitaría una reforma de la ley de extranjería acorde con la perspectiva de protección de los derechos humanos que esta normativa propugna. No obstante, el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, acordado recientemente por el Congreso de los Diputados, sólo incorpora la posibilidad de un periodo de reflexión, mante-

.....  
 15 Esta línea, impulsada desde la Organización de Naciones Unidas, ha sido altamente cuestionada por parte de las entidades de defensa de los derechos humanos, fundamentalmente porque se ha mostrado muy ineficaz para proteger los derechos de las personas víctimas de estos delitos. A modo de ejemplo, y sin perjuicio de que existe un gran desconocimiento acerca del número de víctimas de la trata de personas para explotación sexual, un informe de la Guardia Civil del año 2001 estimaba que aproximadamente unas 16.000 mujeres extranjeras se encontraban por entonces en esa situación. Sin embargo, ese mismo año se registraron tan sólo 194 denuncias de este tipo, lo que significa que sólo un 1,20% de las mujeres extranjeras fueron identificadas como víctimas de este fenómeno (García Arán, 2006:139). Estudios posteriores señalan también que a pesar del relativamente escaso número de víctimas registradas, en relación con el volumen total estimado de extranjeras ejerciendo la prostitución, lo cierto es que entre los años 2000 y 2004 tan sólo se habían registrado 48 permisos de residencia y trabajo para estas mujeres (quedando 7 expedientes pendientes de resolución), según datos presentados por Ruth Mestre en las Jornadas organizadas por el Observatorio DESC en Barcelona, los días 10 y 11 de mayo de 2005: “Drets socials i dones en la globalització. Per a una nova ciutadania” (www.desweb.org).

niendo la necesidad de que la víctima o bien denuncie la situación o bien proporcione datos esenciales o testifique en el procedimiento judicial<sup>16</sup>.

En efecto, la nueva redacción del art. 59, según el citado Proyecto de reforma de la Ley de Extranjería, reiteraría la línea de intervención de la normativa en vigor, modificándola sólo en lo que respecta a optar entre la denuncia o la cooperación. Y si bien incorpora el periodo de reflexión de 30 días y la responsabilidad del Estado de otorgar subsistencia y protección, no otorga a las víctimas de trata la posibilidad de obtener un permiso de residencia y trabajo en el país que no dependa de la investigación del delito del que ha sido víctima, de manera que no posibilita unas condiciones en las cuales la mujer pueda decidir de forma autónoma sobre su futuro. En este sentido, de llevarse a cabo esta reforma, se vería reafirmado el carácter utilitarista del control criminal, quedando relegada una protección más adecuada de la víctima y, por consiguiente, su propia valoración como víctima de una conculcación tan grave de sus derechos humanos.

### **La Ordenanza Cívica de Barcelona.**

A finales de 2005, el ayuntamiento de Barcelona aprobó la muy comentada “Ordenança de Mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l’espai públic de Barcelona”, conocida también como “Ordenanza Cívica de Barcelona”, que entró en vigor en enero de 2006. Esta Ordenanza dispone que:

- a) *“Se prohíbe ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente servicios sexuales en el espacio público, cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público” (art. 39.1);*
- b) *“Es especialmente prohibido por esta Ordenanza el ofrecimiento, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales retribuidos, cuando estas conductas se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo” (art. 39.2);*
- c) *“Igualmente es especialmente prohibido mantener relaciones sexuales mediante retribución al espacio público”.*

.....  
16 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie, Núm. 31-1, del 1 de julio de 2009.



No podré detenerme aquí a analizar exhaustivamente todas las críticas que se pueden formular contra esta normativa, cuya ambigüedad, imprecisión y abuso de conceptos jurídicos indeterminados (¿qué quiere decir ofrecer, negociar, aceptar... directa o indirectamente servicios sexuales retribuidos cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público?), ha permitido cuestionar su constitucionalidad<sup>17</sup>, pero sí me interesa señalar que, como sucede con otras normas de similares características que se están aplicando en otras partes de España, esta Ordenanza se enmarca en una política crecientemente disciplinaria que se presenta como una auténtica “tecnología del género” (Butler, 1999) que vulnera, comenzando por el principio de autonomía personal que los sustenta (Nino, 1984), los derechos fundamentales de las personas que se perciben como riesgosas, en este caso, las mujeres que ejercen la prostitución en la vía pública (Arella y otras, 2007). En este sentido, se afirma que este tipo de normas están configurando un nuevo paradigma de los dispositivos de control (Foucault, 1975), que no se ejerce ya sobre personas determinadas, sino más bien sobre colectivos o grupos, como el de las trabajadoras sexuales y que recrea un orden simbólico donde las personas diferentes o extrañas, son percibidas como enemigas. Bajo la aparente necesidad de garantizar la convivencia, se reivindica “la defensa de un espacio público no degradado” (Maqueda, 2008a: 21), que se traduce, en una política de “limpieza” de las calles (Holgado, 2004) y que acusa un particular sesgo de género, pues recae con mayor crueldad sobre las mujeres.

### **Para concluir.**

La legislación vigente en materia de prostitución y tráfico de personas para su explotación sexual niega a las mujeres su autonomía y su calidad de sujetos plenos de derechos. Y ello es así no sólo porque niega la posibilidad de que las mujeres capaces mayores de edad ejerzan la prostitución con su consentimiento, sino también porque niega el reconocimiento de esa actividad como trabajo y los derechos que del mismo derivan. Con esta negación, además, refuerza los estereotipos de género que contribuyen al mantenimiento de una ciudadanía sexuada (López Precioso y Mestre, 2006). Esta ciudadanía sexuada desvaloriza los trabajos de las mujeres y perpetúa las discriminaciones de género y la desigualdad (Juliano, 2004),

.....  
 17 La constitucionalidad de la Ordenanza ha sido duramente cuestionada (el recurso de inconstitucionalidad presentado está pendiente de resolución), porque se considera que vulnera los principios básicos del derecho administrativo sancionador y las disposiciones de los arts. 9.3, 24 y 25 de la Constitución Española, entre otros.

expresándose, en definitiva, como un déficit de ciudadanía de las personas que ejercen la actividad y, por tanto, como un déficit democrático en la configuración del sistema de derechos vigente. Este déficit tiene un particular sesgo de género, puesto que si bien existe una cierta oferta de prostitución masculina, las personas que realizan esta actividad son en su gran mayoría mujeres (biológicas y transexuales).

La regulación jurídica de la prostitución y del tráfico de personas para la explotación sexual también refuerza los estereotipos de género por otra razón, que viene dada porque crea una categoría específica de mujer, la de prostituta, contra la cual actúa de un modo ambivalente: mientras por un lado la victimiza, desconociéndole su capacidad para decidir por sí misma (para migrar, para trabajar en la industria del sexo, para tener un permiso de residencia que le posibilite trabajar legalmente); por otro reafirma el estigma de la prostitución y la castiga, imponiéndole multas: por infracción a la ley de extranjería en el caso de las trabajadoras inmigrantes en situación irregular y por infracción a las ordenanzas municipales que prohíben el ejercicio de la prostitución en la vía pública. Esto es, no trata a la trabajadora sexual como a una ciudadana, sino como a una molestia y, por lo tanto, no la considera sujeto de derechos, sino objeto de intervención. En consecuencia, el interés de la legislación no es proteger a las mujeres sino controlarlas e impedirles que vivan su vida con libertad y de acuerdo con sus propios criterios y necesidades.

La regulación jurídica de la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual, por otra parte, no sólo no tiene en cuenta la autonomía de las mujeres, sino que tampoco protege a las personas que consideran víctimas de estas conductas (sobre todo en lo que respecta al tráfico vinculado a situaciones de trata de personas) y por ello considero que estas normas responden a intereses distintos de aquella protección que falsamente invocan y que tienen que ver, entre otros, con el control de los flujos migratorios y con aspectos vinculados al orden público y la seguridad ciudadana.

Si a todo ello se suma que estas herramientas jurídicas han demostrado sobradamente ser ineficaces para combatir la trata de mujeres para su explotación sexual, la revisión de las normas que regulan la prostitución se impone, como así también se impone llegar a un acuerdo -en el seno del movimiento feminista- en la manera de entender las formas en que el derecho contribuye a crear, producir y reproducir categorías de géne-



ro estigmatizantes y opresivas, más que en la manera de entender cómo el derecho puede influir en nuestras vidas (si es que está dotado de esta fuerza). En esta tarea, no podemos descuidar el hecho de que la categoría mujer, si es que podemos así definirla, es bastante compleja, de modo que sería deseable evitar reducirla a un modelo restrictivo, como el propio modelo jurídico. Con esto quiero decir, en definitiva, que considero necesario que se eviten los modelos normativos que desconozcan a las mujeres que ejercen la prostitución como sujetos jurídicos autónomos, porque esto significa construir una ciudadanía que, como la androcéntrica, también es excluyente.



**BIBLIOGRAFÍA**

ARELLA, C. y otras (2007): *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Barcelona, Virus.

BUTLER, J. (1999): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, México, Paidós.

CARUSO FONTÁN, C. (2006): *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch.

FOUCAULT, M. (1975): *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI.

GARCÍA ARÁN, M. y otros/as (2006): *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares.

GARZÓN VALDÉS, E. (1988): "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?"; *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (1988), edición digital, pp. 155-173.

HEIM, D. (2006): "La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales"; en *Revista Nueva Doctrina Penal 2005/B*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 441-467.

HOLGADO, I. (2004): *Les dones construïm poder. Cap a un procés d'empoderament per la defensa dels seus drets entre les dones treballadores del sexe a Catalunya*, informe de investigación, Línea de Investigación y Cooperación con Migrantes Trabajadoras del Sexo, Barcelona, Institut Català de les Dones.

JULIANO CORREGIDO, D. (2004): "El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones"; en OSBORNE, R. y otras (2004): *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

LOPEZ PRECIOSO, M. Y MESTRE I MESTRE, R.: (2006): *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, Valencia, Ediciones la Burbuja.



MAQUEDA ABREU, M. L. (2008a): "*La prostitución en el debate feminista: ¿Otra vez el abolicionismo?*"; en Muñoz Conde, F., Director (2008), *Problemas actuales del derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en Memoria de la Pfa. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MAQUEDA ABREU, M.L. (2008b): "La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales", en *Jueces para la Democracia 61*, Marzo de 2008, pp. 19-29.

MUÑOZ CONDE, F. (1993): *Derecho Penal; Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

NICOLÁZ LAZO, G. (2007): *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.

NINO, C. (1984): *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.

PETHERSON, G. (1996): *The prostitution prism*, Amsterdam, Amsterdam University Press.

QUINTERO OLIVARES, G. (2006): "Las normas penales españolas: cuestiones generales"; en GARCÍA ARÁN, M. y otros/as (2006): *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares.

REY MARTÍNEZ, F. y otros/as (2004): *Prostitución y derecho*, Madrid, Aranzadi.

SMART, C. (1989): *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge.

SMART, C. (2002): "La teoría feminista y el discurso jurídico"; en Birgin H. y otras (2002): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Biblos.

