

LA PROSTITUCION DE LA MUJER EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO CIVIL

*Paloma Saborido Sánchez.
Profesora Contratada Doctor.
Universidad de Málaga*

La prostitución ha de ser debatida en la actualidad desde una perspectiva jurídica y social, de manera paralela para alcanzar soluciones que respondan a las exigencias de ambas. Y ello teniendo presente la exigencia de la mujer como sujeto directamente implicado, y en la mayor parte de las ocasiones, perjudicado. Aunque la prostitución sea ejercida tanto por el sexo femenino como masculino, ante el reconocimiento de que casi un 90 % de los casos se ejerce por la mujer y que los conflictos mayoritariamente son soportados por ésta, haré referencia exclusiva a la misma.

La viabilidad jurídica de un pacto cuyo objeto consista en la obligación de prestar servicios sexuales por parte de la mujer ha sido debatida hasta la saciedad desde diversos puntos de vista. No obstante, lo que se pretende con estas breves observaciones no es centrar el debate en la conveniencia de la legalidad o no de la prostitución, sino en el examen de la actual regulación civil del contrato, examinando los escasos supuestos que encajan en la legalidad, y presentando los numerosos casos en los que, aun partiendo de esta posibilidad de contrato legal, ha de decantarse el ordenamiento por su nulidad, como vía de menor perjuicio para la mujer. Y todo ello con base en la propia normativa del Código Civil.

I.- Nulidad originaria del contrato:

Es común en cierta doctrina el argumento que propugna la nulidad del convenio o pacto entre la mujer y el cliente. En este caso, la cobertura legal se encontraría en el art.6.3 Cc. Las opiniones que rechazan la legalidad civil del pacto de prostitución, y reclaman su nulidad ab initio tienen en el precepto mencionado su fundamento. No obstante, no cabe tal argumentación al resultar inviable. La base que centra dicho artículo para aplicar la consecuencia jurídica de la nulidad es un acto jurídico contrario a la ley. Es claro que la prostitución como tal no se encuentra tipificada, siendo libre su ejercicio para la mujer (con independencia de las reglamentaciones pertinentes al orden público). Para la aplicación del art.6.3 Cc, y por consiguiente entender que los contratos de prostitución derivan en la nulidad

absoluta, el ejercicio de la misma debería encontrarse prohibido por una norma jurídica, lo que no ocurre en la actualidad. Esto excluye que sea posible acudir a su regulación de manera inmediata o directa.

Una opinión que parece consolidada en una buena parte de la doctrina es la que se fundamenta en la libertad sexual de la persona. La prostitución, y en concreto el contrato por el que una mujer se obliga a desarrollar determinada actividad sexual, infringe directamente la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad al cercenar la libertad sexual, ya que influye en la misma. Con la exigencia de dicha práctica, el contrato impone una actitud que contraría o limitaría la libertad consagrada en el texto constitucional. Este razonamiento implica necesariamente la aplicación del art.6.3 Cc, en cuanto se considera un acto jurídico contrario a una norma, en este caso constitucional.

Sin embargo, este argumento se reduce a la consideración únicamente del contenido negativo de la libertad pública recogida en la Constitución. Es decir, la libertad sexual no sólo comprende la posibilidad de no ejercerla de manera coercitiva, sino que el pleno desarrollo debe comprender incluso la viabilidad de su ejercicio en las condiciones que libremente decida el individuo. Ha de apreciarse tanto un contenido positivo como negativo del derecho, y con ello ha de otorgarse la posibilidad a la mujer, en nuestro caso, de no ejercerla, o de hacerlo en tanto de manera libre decida, ya sea con o sin convenio, porque se actúa en el marco de su potestad y desarrollo libre. Como bien se ha explicado por algún autor, las libertades públicas dan lugar a deberes de abstención por parte de los poderes públicos, originando con ello distintos espacios de libertad individual, donde se movería la propia libertad de actuación de la mujer.

La objeción que se presenta a entender dentro del contenido de dicha libertad la viabilidad jurídica de pactar sobre la misma se centra en el caso de incumplimiento. ¿Cabe la posibilidad, entonces, de imponer coactivamente el cumplimiento de la prestación pactada por parte de los Tribunales de Justicia? Parece que esta opción queda fuera de toda lógica jurídica y social. No cabe, ni siquiera por los Tribunales, imponer el cumplimiento de una prestación de carácter sexual. Sin embargo, esto no es un argumento contundente para rechazar la eficacia del pacto. Este caso sería teóricamente comparable a la contratación de prestaciones personalísimas (no cabe tampoco imponer coactivamente la ejecución de las obras intelectuales, imaginemos). Aún no siendo factible solicitar su cum-



plimiento judicialmente, sí lo es su equivalente económico si el convenio cumple con los requisitos legales requeridos.

Por ello, en la regulación jurídico-civil vigente, no existe impedimento para que, en principio se pueda pactar un contrato entre la mujer y el cliente cuyo objeto sean determinadas prestaciones sexuales, sin que pueda calificarse originariamente nulo. Pero todas estas consideraciones han de tener como premisa la libertad de la mujer a la hora de convenir el ejercicio de su libertad sexual, recibiendo determinada contraprestación por ello. Desde el momento en que el consentimiento se preste de forma coaccionada o violenta, no sólo en su ejercicio sino para cualquier condición del contrato, deriva el mismo entonces hacia la nulidad según las circunstancias que vicien los elementos fundamentales requeridos para su validez.

II.- Nulidad del contrato como consecuencia de vicios en los elementos esenciales:

El contrato de prostitución parece ajustarse en la tipificación civil de los contratos a un arrendamiento de servicios (entendiendo por tal la prestación de determinadas actividades de carácter sexual, encaminadas a obtener la satisfacción de la otra parte sin que la consecución del resultado influya en el cumplimiento). Como tal, ha de requerir para su validez los tres elementos esenciales exigidos por el Código Civil para cualquier pacto: consentimiento, objeto y causa.

La ausencia de cualquier vicio que los invalide es fundamental para determinar la licitud del convenio. No obstante, es común encontrarlos en los pactos en los que la mujer se obliga a estas específicas prestaciones personalísimas. Distingamos entre los tres elementos:

a) Vicio presente en la causa del contrato de prostitución:

Para un cierto sector doctrinal, es la causa la que manifiesta un vicio invalidante, al considerarse ilícita o torpe. El art.1275 Cc sanciona con nulidad los convenios que así la presenten. Así, en el pacto por el que la mujer se obliga a ejercer una actividad sexual a cambio de contraprestación las motivaciones que llevan a las partes a su celebración se tacharían de ilícitas o torpes, por ser contrarias a la moral, entendida como buenas costumbres. No así contraria a la ley, pues como se conoce, se carece de norma jurídica que prohíba la celebración de dicho pacto

Sin embargo, creo firmemente que la apreciación de vicio causal es un error jurídico. La causa, como instrumento de control de las reglamentaciones jurídico-privadas, ha de comprender las motivaciones comunes para las partes, sean o no compartidas, relevantes para el Derecho. La disparidad de móviles que llevan a las partes a obligarse a prestar servicios sexuales, de un lado, y a pagar precio cierto por otro, resulta de tal magnitud que es imprescindible diferenciar entre las motivaciones jurídicamente relevantes de las que no lo son.

Es más, con esta apreciación parece que de nuevo se confunde la causa con el objeto. Lo que realmente estos autores aprecian como ilícito es el objeto en sí, y no la causa. Son los servicios sexuales pactados los que parecen quedar al margen del orden público o de las buenas costumbres, no la causa. Por ello la connotación sexual entra en el ámbito, no de la causa, sino del objeto.

Añadido a lo anterior, ha de recordarse que la consecuencia jurídica que deriva de apreciar causa ilícita nos la encontramos en el art.1306 Cc, con la complicación añadida que ello conlleva. Esta disposición diferencia entre las motivaciones ilícitas comunes de las que no lo son, para determinar la posibilidad de reclamar lo entregado a la parte que no participa de la ilicitud causal (aunque la conozca), o de negar la repetición a la parte (o las partes, si es común a ambas) que participe de la misma. En el caso del ejercicio de la prostitución, si consideramos la ilicitud causal del pacto que le antecede, para aplicar el precepto mencionado debemos a priori determinar en quién reside la torpeza o ilicitud. ¿En el cliente por contratar los servicios? ¿En la mujer por recibir retribución a cambio de servicios sexuales? Observamos como la respuesta tiene claros efectos prácticos, en cuanto si es afirmativa la última cuestión planteada, se le niega la posibilidad de reclamar indemnización por los servicios ya prestados. En este caso, todo hace indicar que el problema parecería hallarse más en el objeto que en la causa, que continúa siendo lícita en tanto nos encontramos ante un arrendamiento de servicios.

b) Vicio presente en el objeto del contrato de prostitución:

El art. 1271 Cc, determina la posibilidad de ser objeto del contrato a todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres. La cuestión se centra en dilucidar si el servicio que presta la mujer y por el que se obliga, se considera contrario a las leyes o las buenas costumbres.



Ya he mencionado mi opinión respecto a entender ilícito el pacto que tiene por objeto la prestación de determinados servicios sexuales. Aunque desde la perspectiva de la mujer, pueda parecer que la libertad sexual no engloba la opción de poderse obligar a efectuar servicios de este cariz y cobrar por ello, la norma constitucional no se reduce exclusivamente a su contenido negativo en cuanto se niega la situación de coacción para el desarrollo de la sexualidad sin su consentimiento, sino que debe extenderse a la viabilidad de su desarrollo con total autonomía para poder pactar sobre el mismo.

Parece superada, por otro lado, en la actualidad la idea de la moralidad del servicio pactado. Puede que en años anteriores, esta concepción de inmoralidad que rodeaba a la prostitución (y que aún hoy sigue existiendo entre las opiniones más conservadoras) teñía de ilicitud el contrato, negando la posibilidad de dirimir las controversias suscitadas en dicho pacto en sede de los Tribunales de Justicia, fundamentando la negación en la dignidad de dichos Tribunales. No obstante, parece que la continuada evolución de la sociedad hacia caminos más tolerantes desecha la idea de inmoralidad ligada a la figura de la prostituta, al menos no en el mismo concepto. Continuando la línea marcada, sorprendentemente, ya en las Partidas, en las que se rechazaba la inmoralidad de la mujer, acentuándose en el que contrataba sus servicios (P.5,14,53).

De igual modo deberíamos concluir ante la manifestación de que el servicio pactado es contrario a las buenas costumbres. En la actualidad, dicha concepción se acerca a la idea de orden público, equiparando orden público con convicciones sociales imperantes, como la común opinión de un ciudadano medio. En el caso de la prostitución, parece claro que la sociedad vigente, aún reprochándola en cierto sentido, la enmarca en su contexto, no solo social, sino eminentemente económico. Es el orden público el que sirve de limitación para este encaje, ya que solo en casos en los que el pacto infrinja el orden público, el objeto se hallará viciado, y el convenio resultará nulo.

c) Vicio presente en el consentimiento prestado en el contrato de prostitución:

Aquí sí que nos encontramos ya con el instrumento que eficazmente emplea el Ordenamiento para delimitar entre los escasos convenios eficaces en los que se pactan servicios sexuales ejercitados por la mujer, de los que



no lo son, generando su nulidad. La exigencia de consentimiento válido y eficaz por parte del Código determinada en el art.1265 Cc constituye el paso fundamental hacia la ilegalidad del contrato. Y es que la mayor criba en cuanto al examen de la legalidad de este tipo contractual se produce al observar el consentimiento prestado por las partes, en concreto por la prostituta.

El principio de autonomía de la voluntad rechaza necesariamente los convenios en los que el consentimiento se prestó por una de las partes de forma viciada (violencia, intimidación, dolo o error). Y en la prostitución, es usual encontrarnos con situaciones en las que la mujer se ve forzada a prestar el consentimiento para la ejecución de determinadas prácticas, mediando fuerza o coacción. No obstante, en estos casos, resulta preciso diferenciar entre estos supuestos y los que se sufre tal violencia que equivale a la supresión total de consentimiento. La diferencia estriba en la consecuencia jurídica de ambos casos. La apreciación de los vicios del consentimiento conlleva la aplicación del art.1301 Cc con la anulabilidad del contrato, cuya acción según el precepto mencionado, dura cuatro años. Mientras que en los casos de inexistencia de consentimiento (la entidad del vicio es tal que anula por sí el consentimiento), la acción dura quince años.

III.- Conclusión:

La regulación jurídico-civil vigente permite la celebración lícita del contrato de prostitución, dentro de los presupuestos analizados. La afirmación a priori de la validez del contrato de prostitución celebrado entre la mujer y la otra parte, sin embargo, no ha de ser necesariamente y en cualquier caso perjudicial para la protección jurídica de la misma. Es más, al defenderse la viabilidad de tales contratos, parece que no sólo se permite la posibilidad de ejercitar el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la mujer, sino que exista vicio alguno en la emisión del consentimiento, sino que se le abre la puerta de la vía judicial. Aunque el convenio se pacte de la forma legalmente establecida, al entenderse contrato nulo ab initio, no cabe más reclamación que las ordinarias que no tengan relación con lo acordado por ambas partes (imaginemos, en caso de agresiones físicas).

Sin embargo, si se parte de la validez y eficacia del contrato, con ello se estaría otorgando la posibilidad a la mujer que ejerce la prostitución de acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, siempre que la prestación



del consentimiento hubiese sido emitida a través de la libre autonomía de la voluntad.

Sea como fuere, lo cierto es que la actual regulación impide que de forma indubitada se afirme la nulidad de todo contrato de prostitución. Para ello, sería necesaria la determinación de la misma por parte de una concreta norma jurídica. Cuestión diferente es si para una mayor y total protección de la mujer es conveniente la supresión del marco legal de la prostitución a través de la prohibición de su práctica, o culminar el proceso de legalización en cada uno de los ámbitos del ordenamiento, sea laboral o financiero. Dos vías jurídicas que se abren para culminar en la consecución de un único fin: la protección de la mujer como parte más débil. Aunque en la regulación vigente, el recorrido queda a medio camino entre una u otra opción legislativa, dando lugar a una situación en la que la mujer sigue siendo la única perjudicada.

BIBLIOGRAFIA:

CRUZ VILLALON: Voz "Derechos Fundamentales", en la Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo II, edit. Civitas 1995.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Edit. Civitas, 1995.

"Mujeres y Protección Jurídica: una realidad controvertida", Coord. Liñan García, y De la Fuente Nuñez de Castro, 2008.

SABORIDO SANCHEZ: La causa ilícita. Delimitación y efectos.

SAN JULIAN PUIG (1996): *El objeto del contrato*, edit. Aranzadi, Pamplona.

WEYERS Y ESSER: *Schuldrecht*, Band II, Besonderer Teil, 7ª edic, Heidelberg.

