

LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL Y SU RELACIÓN CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

The validity of sexual consent and its relation to the dignity of the individual

MARIA LUISA BALAGUER
Universidad de Málaga
mlbalaguer@hotmail.com

Cómo citar/Citation

Balaguer, M. L. (2024).

La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona.

IgualdadES, 10, 261-288

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.09>

(Recepción: 11/11/2023; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación 28/06/2024)

Resumen

El texto destaca la importancia del consentimiento de las mujeres en relación con la dignidad y al libre ejercicio de sus derechos y su proyección en diversos ámbitos en los que está implicado el cuerpo de las mujeres, como es el caso de la prostitución. La prostitución en el ordenamiento jurídico constitucional español adolece de una regulación del abolicionismo que tenga en cuenta la posibilidad de reinserción de las mujeres que han sufrido y siguen sufriendo la comercialización de sus cuerpos. Es desde la trata el lugar en que se sitúa este problema por su vinculación con ese tráfico comercial. La necesidad de ilegalizar toda explotación de los cuerpos de las mujeres surge de la dignidad como principio constitucional reconocido en el artículo 10 de la Constitución española.

Palabras clave

Dignidad; comercialización de los cuerpos; prostitución; trata; libertad sexual; posmodernidad.

Abstract

The text highlights the importance of women's consent in relation to the dignity and free exercise of their fundamental rights and its projection in various areas where women's bodies are involved, such as prostitution. Prostitution in the Spanish constitutional legal system lacks a regulation of abolitionism that takes into account the possibility of reintegration of women who have suffered and continue to suffer the commercialization of their bodies. It is from trafficking that this problem is situated due to its link with this commercial traffic. The need to outlaw all exploitation of women's bodies arises from dignity as a constitutional principle recognized in article 10 of the Spanish Constitution.

Keywords

Dignity; commercialization of bodies; prostitution; trafficking; sexual freedom; postmodernity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIGNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. III. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES: 1. El cuerpo de las mujeres y su protección constitucional. 2. La prostitución y los derechos fundamentales de las mujeres: 2.1. *Las posiciones abolicionistas*. 2.2. *Las posiciones regulacionistas*. IV. EL CONSENTIMIENTO COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PENAL. V. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO EN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL. VI. UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL. VII. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA FEMINISTA A LA ABOLICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El feminismo como movimiento social reivindicativo de la igualdad entre mujeres y hombres ha tenido en su evolución una relación muy importante con el derecho. Si el feminismo surge a raíz de una Ilustración que ignora a las mujeres y no las deja formar parte de los avances, serán las sufragistas quienes primero creen un movimiento colectivo de vocación mundial desde su origen, para conseguir el derecho a la participación política y a la ciudadanía activa. Y en la medida en que los derechos se imponen durante todo ese siglo como presupuesto del reconocimiento de la condición de sujeto, es finalmente la lucha por la extensión de esos derechos la que mueve al feminismo en su propio proceso de identificación.

Corresponde ya al modelo de Estado social y democrático de derecho implantado durante la segunda mitad del siglo xx en Europa, y fruto de un pacto entre el capital y el trabajo como formas de reproducción social, la extensión progresiva del reconocimiento a todos los grupos sociales que lo conforman, y por la propia fuerza impulsora del movimiento, a las mujeres que, bajo el concepto universal de las normas, quedan indirectamente amparadas por el derecho. No en todo momento ni en la misma extensión, pero la universalidad de los derechos una vez reconocidos tiene un efecto expansivo que viene a ser incontrolable por el derecho mismo.

Debe tenerse en cuenta que, igual que otros grupos oprimidos aunque las mujeres nunca podrán constituir un grupo social porque son la otra parte

de la humanidad, en el movimiento feminista la consecución de los derechos adquiere una forma de lucha igual que la de los demás sujetos que adquieren su legitimación en la fórmula del Estado social.

De ahí la importancia que para la igualdad ha tenido el constitucionalismo social y el desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en los textos jurídicos fundamentales del pasado siglo. Desde el derecho, el feminismo sostiene una agenda reivindicativa en la búsqueda de la igualdad que exige nuevas formas legislativas. Las normas jurídicas que responden al modelo habitual del silogismo jurídico no solo no cumplen su función aplicativa cuando cambian los sujetos, sino que se muestran disfuncionales al haber sido concebidas sin la perspectiva feminista que exige la consideración de una desigualdad de origen, y que de no proyectarse con cierta perspectiva sobre esa desigualdad solo consiguen acentuarla. De ahí los mecanismos de la desigualdad compensatoria, exigida en la aplicación del derecho para favorecer desigualdades de hecho, en materia de prestaciones sociales, contratación laboral y otras.

Pero no solo es la fase meramente aplicativa la que tiene que igualar el derecho entre mujeres y hombres para cumplir constitucionalmente el mandato de igualdad, sino que los mecanismos interpretativos del derecho deberán acomodarse a esa exigencia si no quieren producir un resultado desigualitario. Y esto exige una tarea interpretativa añadida del ordenamiento en su conjunto para el cumplimiento de la igualdad. A eso obedece la exigencia de la *perspectiva feminista* en la aplicación de las normas jurídicas que desde las leyes específicas se exige, como en el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Con el título de «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», esta norma considera la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres «como un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Es en este contexto donde deberíamos situar el consentimiento sexual de las mujeres como objeto de regulación del código penal de nuestro ordenamiento jurídico, para entender la evolución de un derecho sancionador visto desde la *perspectiva feminista*.

II. LA DIGNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El concepto de dignidad que se contiene en el art. 10.1. CE considera que la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad

son el fundamento del orden político y la paz social. No está reconocido como un derecho, pero figura en el frontispicio del título primero de la CE, que da entrada a la regulación de los derechos fundamentales especialmente protegidos, desde los arts. 14 al 28 CE.

La naturaleza jurídica de la dignidad ha sido tratada como un elemento diferenciador de la persona¹, que solo es posible en ella porque solo ahí se da la capacidad de elección, de autonomía y de diálogo².

Esta idea se desprende de la redacción del texto constitucional, y la propia naturaleza del concepto de dignidad³. Otra cosa es que el entendimiento de la dignidad sea susceptible de universalización en toda cultura y grupo⁴. Y en este sentido, lo que la realidad social muestra es, por una parte, la universalidad del concepto, referido a una posibilidad de realización del ser humano y, por la otra, la relativización de los contenidos propios de esa dignidad en relación con la cultura propia de cada sociedad. Más aún, dentro de una cultura jurídica más o menos común, la dignidad no muestra un contenido inmutable y definido para una época o grupo, sino la relativización de los contenidos propios de cada grupo, aun dentro de un ordenamiento jurídico común. Las referencias a la aplicación a cada caso concreto dan cuenta de cómo, a la hora de interpretar los preceptos jurídicos, ha de tenerse en cuenta el contenido propio de la dignidad en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento⁵.

Los textos internacionales reconocen la dignidad en parecidos términos. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica el título primero al reconocimiento de la dignidad. El art. 1 considera la dignidad humana como un derecho inviolable, que debe ser respetado y protegido, y los arts. 2, 3, 4 y 5 regulan el derecho a la vida, prohíben la pena de muerte y reconocen los derechos a la integridad física y psíquica.

¹ Peces Barba (2002: 65 y ss.).

² Íd. Considera la dignidad específica del ser humano en la medida en que solamente en él se da la autonomía, puesto que los animales no tienen capacidad de elección y solo en los humanos se da condición moral. Y una tercera, la capacidad de dialogar.

³ Häberle (2008: 209) se plantea si es posible este concepto universal de la dignidad a partir de dos consideraciones: cómo se construye la identidad humana en una sociedad, y si este proceso es universal o, por el contrario, responde a pautas diferenciadas en función de esos elementos culturales.

⁴ Así, en el caso de la formulación alemana del concepto de dignidad establecido en el art. 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn, la plasmación del concepto de dignidad constituye una clara reivindicación del constituyente frente a las atrocidades cometidas por el fascismo (Stark, 2008: 248).

⁵ Molero Martín-Salas (2014).

Consciente ya la Carta de la importancia del estado de la ciencia en la biología, el art. 3.2 exige el respeto al consentimiento libre e informado en la medicina y la biología, la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tengan como finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro y la prohibición de la clonación reproductora de los seres humanos. El art. 4 prohíbe la tortura y las penas y los tratos inhumanos o degradantes, y el art. 5 la esclavitud, servidumbre, los trabajos forzados u obligatorios y la trata de seres humanos⁶.

Desde la consideración de que existe una voluntad del Estado que estaría por encima de la voluntad individual, y que puede enervarse por un interés superior al propio sujeto, que es protegido aun en su contra, pueden razonarse prohibiciones en las que un sentido mayoritario de una sociedad entienda como justas esas decisiones. El reconocimiento de la dignidad en las Constituciones europeas tiene una dimensión muy similar en todos los Estados⁷. Y ello aun cuando en algunos casos este reconocimiento sea indirecto⁸.

En nuestro ordenamiento constitucional la conexión entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad parece considerarse una relación de medio

⁶ Igualmente, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 23 de julio de 1999, dice en su art. 21 que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». El art. 23 garantiza que la contravención de estos derechos o principios reconocidos en el Convenio tendrá una protección jurisdiccional por parte de los estados miembros de la Unión Europea para impedir o hacer cesar cualquier contravención ilícita de los derechos reconocidos en él.

⁷ Münch (1982: 9-33). El autor hace un estudio comparativo del art. 1 LFB y el 10.1 CE. Para Münch es importante que el constituyente español no haya introducido una palabra como la de *intangibilidad* del derecho alemán para calificar la dignidad, por la dificultad de acotar su significado. Para él, en conjunto el art. 1º.1 CE es más completo y jurídicamente más inteligible que el 1.2 LFB por su mayor precisión lingüística (*Ibid.*, p. 30).

⁸ Así, en la Constitución irlandesa de 1937, aunque no figure expresamente en el articulado, pero sí en el preámbulo, «que se garantice la dignidad y la libertad del individuo». En Finlandia, el art. 1 de su Constitución dice que el ordenamiento jurídico garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana y de las libertades y los derechos individuales, y promueve la justicia en la sociedad. En Hungría, en el art. 54 de su Constitución, y en Lituania, en el art. 21. En Italia se considera un concepto interpretativo. Su regulación en el art. 47.2 de la Constitución Italiana, en el art. 3.1, en referencia a la igualdad, y en el 32.2 como exigencia de respeto y el 117.1 por remisión a acuerdos internacionales.

a fin⁹, de modo que sería precisamente mediante el reconocimiento de la dignidad por parte de los poderes públicos como se podría garantizar ese libre desarrollo de la personalidad, según puede desprenderse de la lectura del precepto¹⁰. Al no encontrarse entre los derechos fundamentales reconocidos a continuación, ha de ser considerado como principio o valor¹¹, y por tanto tiene una función interpretativa respecto de las demás normas jurídicas.

La jurisprudencia constitucional ha entendido la dignidad como un principio interpretativo de las normas jurídicas que puede ser limitativo de algunos derechos fundamentales y en relación con algunos recursos de inconstitucionalidad presentados frente a las leyes que han regulado aspectos importantes de la bioética, ha considerado que la dignidad de las personas no permitiría algunas formas de utilización de material genético.

En el análisis de la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, que dio lugar a la STC 212/1996, fijó una posición en la que se conectaba el art. 10.1 CE y la exigencia de que esta materia sea regulada por ley orgánica, dada la evidente conexión con el art. 15 CE. El TC resolvió que sobre la dignidad constitucional invocada había que tener en cuenta que el contenido de la ley preveía la posibilidad de donación de embriones o fetos muertos, y aunque por parte de los recurrentes se consideraba que esa donación afectaba a la dignidad, el TC razonó que justamente el hecho de que ese material no equivalía a un ser vivo no permitía hablar de patrimonialización incompatible con la dignidad. Es la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, junto con la imposibilidad de que se trate de embriones vivos, lo que hace esta regulación legal compatible con el art. 10.1 CE.

En segundo lugar, la STC 116/1999, de 17 de junio, que conoce el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece que, al no tratarse la dignidad de un derecho constitucional, su regulación no es exigible mediante

⁹ Molero (2014: 44).

¹⁰ Para I. Gutiérrez son cinco las enumeraciones concretas que presupone el libre desarrollo de la personalidad: la seguridad en la vida social e individual, que libera de la angustia de la preservación de la propia existencia que el individuo no puede garantizarse por sí mismo; la igualdad jurídica; la ponderación de un espacio de vida privada sin injerencias; la limitación por parte del estado en el poder, y la atención a la contingencia temporal del hombre, entendida como una satisfacción de las mínimas (Gutiérrez, 2005: 43).

¹¹ Stark (2008: 242). La dignidad como concepto filosófico muestra las influencias que el cristianismo ha mantenido en la civilización occidental. Antes, y en el mismo sentido, Stark (2005).

el rango de ley orgánica. Avanza un poco más, sin embargo, a los efectos de lo que aquí nos interesa, en la relación entre la dignidad y la reproducción humana asistida. Los recurrentes consideraban que la crioconservación era contraria a la dignidad humana en cuanto que impedía «el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción», y el Tribunal vuelve este argumento del revés, desestimando también esta relación¹². Ahora bien, la exclusión de la patrimonialización que los recurrentes consideran contraria a la dignidad, deviene de la necesidad de evitar *cualquier causa lucrativa o remuneradora* expresamente prohibida por la ley, que en su art. 5.1 garantiza que estos no pueden ser considerados como bienes comercializables (FJ 11). La sentencia contiene un voto particular en relación con el preciso concepto de dignidad, además de entender que la ley debería haber tenido la consideración de orgánica.

La discrepancia de este voto surge en primer lugar por el concepto de dignidad constitucional. A juicio del discrepante, la dignidad «se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal, del orden político y de la paz social que la Constitución formaliza». Esta se «vertebra con derechos inviolables, que, como tales, son inherentes a ella». De este argumento deduce el discrepante la exigencia de ley orgánica: «Cuando la dignidad de la persona se configura por expresa declaración constitucional, con derechos inviolables inherentes a ella, no resulta aceptable, que la Ley Orgánica sea necesaria para desarrollar los derechos fundamentales, y no para desarrollar lo que materialmente es el tronco del árbol». Al no hacerlo así, y limitarse la mayoría a considerar que el art. 81.1 CE limitaba la exigencia de la ley orgánica a los derechos fundamentales entre los que no figura la dignidad, se mantuvo en un análisis puramente formal, sin entrar a considerar una visión de conjunto de las normas constitucionales.

La conclusión que se extrae de estas resoluciones judiciales es muy importante a los efectos de relacionar la dignidad con un *corpus* de derechos constitucionalmente protegidos por la vía de una exigencia de dignidad con la que se relacionan, y por ello el voto particular hace especial fuerza en la argumentación de la mayoría sobre la interdicción de la comercialización de este tipo de órganos, que, sin llegar a ser vivos, tienen una protección que impide su tráfico comercial.

Esa jurisprudencia, como después veremos, ha abierto una puerta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para declarar la ilicitud de los vientres de alquiler y la legalización de la prostitución, en la medida en que ha permitido establecer

¹² Un análisis exhaustivo de la STC 116/1999, en particular en lo que se refiere a su exigencia de LO que el TC consideró innecesaria por entender que el *nasciturus* no era sujeto del derecho a la vida, en Gómez Sánchez (2008).

el límite de la dignidad humana como fundamento de la paz social, para considerar que ambas actividades son contrarias al contenido del art. 10 CE¹³.

III. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES

1. EL CUERPO DE LAS MUJERES Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Es importante para el feminismo tener en cuenta que uno de los factores más retardatarios de la liberación de las mujeres tiene que ver con la instrumentalización y cosificación de sus cuerpos. Desde la maternidad, la belleza objetual de la publicidad, la materialización de los cuidados familiares y parentales, la gestación subrogada y la prostitución, la mujer soporta la desigualdad sexual

¹³ En el voto concurrente a la STC 44/2023, de 9 de marzo, que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, se trae esta teoría de la dignidad cuando se dice que «el reconocimiento de las mujeres como sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva, supone: (i) Que la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre. La dignidad de la mujer, como la del hombre, presupone su capacidad de determinación individual sobre la propia vida y permite al individuo sobreponerse a la facultad del Estado para ejercer control sobre concretas opciones vitales o, en este caso, para proyectar ese control sobre el cuerpo de las mujeres. El libre desarrollo de la personalidad que también contempla el art. 10.1 CE integra asimismo la facultad de tomar decisiones de autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo (recientemente se ha recordado en la STC 34/2023, de 18 de abril), del mismo modo que "protege la configuración autónoma del propio plan de vida" (STC 60/2010, de 7 de octubre) excluyendo "trabas o interferencias públicas —acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces 'paternalistas'— que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere 'libre': libre, ante todo, de la intervención del Estado" (STC 19/2023, de 22 de marzo). (ii) Que el principio de igualdad (arts. 1 y 14 CE) se proyecta al reconocimiento de la facultad de las mujeres de decidir sobre los procesos biológicos que tienen lugar en su propio cuerpo, en particular sobre aquellos que pueden afectarles única y exclusivamente a ellas. No reconocer esta facultad podría considerarse como un supuesto de discriminación por indiferenciación, porque supondría obligar solo a las mujeres, porque solo ellas pueden gestar, a devenir madres independientemente de su voluntad o no de desarrollar un proyecto vital en torno a la maternidad. Esta obligación, marcada por el derecho penal, jamás será impuesta a quienes no poseen los atributos biológicos necesarios para desarrollar la gestación».

sobre su cuerpo y es ahí donde se dirime la discriminación, en el factor biológico que extiende sus efectos desde la biología al conjunto social.

De ahí la importancia que ha de darse a la desigualdad de género cuando se adopten las perspectivas que el derecho exige para interpretar el derecho desde esos condicionantes porque a la desigualdad biológica se acogen una serie de discriminaciones sociales carentes de justificación y que se extienden a ámbitos muy alejados de la naturaleza.

Desde la justicia constitucional se ha analizado esta circunstancia en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, sobre todo desde algunos votos concurrentes. Así, en la STC 66/2022, de 2 de junio, por la que se desestima el amparo a una mujer que se vio obligada a tener un parto en el establecimiento hospitalario con ingreso forzoso¹⁴.

¹⁴ El objeto de la demanda de amparo lo constituye el derecho de una mujer al alumbramiento en su domicilio particular y su ingreso obligado en un hospital público, por una resolución judicial, y la legitimación para promover el presente recurso de amparo, se ha reconocido únicamente a doña C.P., negándosele a su pareja y a su hija. Y en el voto particular se analiza el derecho a la libertad, a la intimidad y a la autonomía personal que implica todo el proceso de la maternidad y que suponen no solo la libre decisión de ser madre, sino también la facultad de tomar todas las decisiones sobre su propio cuerpo durante la gestación, comprendida la referida a las opciones clínicas disponibles, una vez haya recibido la información adecuada, incluyendo las atinentes al parto, en cuanto momento en el que culmina la decisión de ser madre, adoptada por propia voluntad. En suma, que en todo cuanto concierne a esta situación, la mujer es absolutamente libre y autónoma a la hora de tomar las decisiones que le afecten, sin que se le puedan imponer voluntades ajenas a esa capacidad de autodeterminación, y los poderes públicos tienen la obligación de proporcionar a la mujer información adecuada en cada etapa del parto y requerir su consentimiento libre, previo e informado en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, excepto en situaciones en las cuales la vida de la madre y/o del bebé esté en riesgo, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva. En cualquier caso, y a pesar de lo que la realidad de la atención médica al proceso del parto nos muestra, la idea resultante de la doctrina establecida en la sentencia, se traduce en que la mujer gestante es la única con capacidad decisoria sobre su propio cuerpo, tanto desde el momento en que adopte libre y voluntariamente su decisión de ser madre, como a lo largo de todo el proceso de la gestación y la culminación con el momento del alumbramiento, y que todas las determinaciones que tome en esos momentos tan esenciales de su vida deben ser respetadas, sin imposición de voluntades ajenas. Como lógica consecuencia, la mujer es también la única legitimada para reclamar el respeto a los derechos fundamentales que se encuentran en presencia por lo que la legitimación activa en este proceso le alcanza solamente a ella.

Igualmente, en la STC 44/2023 el voto concurrente dirá cómo

la sexualidad de las mujeres y su aspiración a una sexualidad libre está vinculada a su capacidad para controlar por sí mismas los efectos del ejercicio de esa sexualidad, es innegable. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, reconocidos desde la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer de Beijing (1995), son derechos humanos, y su conexión con la salud, y desde ella con el derecho a la vida y a la integridad física y moral no pueden ser cuestionados sin negar tres décadas de avances en el reconocimiento de la posición de las mujeres como sujetos políticos y como sujetos titulares plenos de derechos y libertades de la despenalización total del aborto consentido.

Respecto de la maternidad subrogada, la STS de 31 de marzo de 2022, dictada en un recurso de casación en materia de filiación, el Tribunal hace un razonamiento importante sobre el cuerpo de las mujeres y su control. La representación de la menor, nacida en México, solicitaba la casación de unas resoluciones de instancia que habían denegado el reconocimiento de la filiación a la niña fruto de un contrato de gestación. Con la oposición del ministerio fiscal, que solicita la desestimación, el TS razona que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, que prohíbe la venta de niños, así como el art. 35 de la Convención de los Derechos del Niño, sin perjuicio de que el interés superior de menor se satisfaga conforme a su mejor opción legal, que es el reconocimiento de filiación.

2. LA PROSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

La constitucionalización de los derechos de las mujeres se viene estudiando desde hace varias décadas. Se han elaborado propuestas importantes en relación con el cuerpo de las mujeres, no solamente relacionadas con la sexualidad, sino también con el avance de la igualdad en todo el ordenamiento jurídico. Derechos específicos de las mujeres determinados por su propia biología, como los que están en relación con la maternidad voluntaria, que comprenderían tanto el derecho a ser madre como a interrumpir el embarazo, la interdicción de la comercialización de su cuerpo, la instrumentalización comercial de la publicidad, una imagen libre de estereotipos y una investigación en materia de salud desligada de la del hombre.

Y dentro de estas formulaciones, la abolición de la prostitución forma parte importante de la agenda del feminismo.

Un inicial planteamiento de la prostitución parte de la consideración compleja de múltiples posiciones ideológicas que abarcan desde la cuestión moral a la social, la política y la económica. En todas ellas hay planteamientos controvertidos que dividen al feminismo en función de que punto de vista que se aborde y de la importancia que se atribuya a alguno de estos factores.

Pero en un Estado social y democrático de derecho la visión más ordenada sería la de partir del ordenamiento jurídico y eso debe entenderse desde la Constitución y de las posibilidades del reconocimiento de los derechos constitucionales de las mujeres en relación con su libertad sexual y otros principios y derechos reconocidos en ella.

De las posibilidades de estudiar la prostitución en la realidad de la sociedad actual, la más importante para el derecho constitucional es la regulación, pero también desde el feminismo jurídico debe mantenerse una posición propia porque es desde el derecho desde donde se pueden hacer posibles los cambios sociales. Es cierto que las normas jurídicas pueden resultar obsoletas desde el derecho positivo si no existe voluntad política para realizarlas, e incluso a veces la política crea condiciones contrarias al derecho y pueden acabar no corrigiéndose, pero desde luego sin las normas la sociedad no puede avanzar y de eso las mujeres tenemos una clara conciencia. Podría decirse incluso que la prostitución ha sido un problema posdatado en nuestro Estado sin justificación aparente porque desde la transición ha venido integrando la agenda feminista y socialista, pero no ha terminado de formularse una posición unívoca respecto de su regulación. Puede decirse, sin embargo, que las feministas de la izquierda tradicional han conseguido un acuerdo mínimo en lo que se refiere a su abolición, y quizás también a su ilegalización.

2.1. Las posiciones abolicionistas

En el feminismo se ha tendido más a una posición abolicionista, aunque tampoco es unánime en el constitucionalismo. Con carácter minoritario se defiende desde algunos estudios la necesidad de regular la actividad e incluso la denominación de *trabajadoras sexuales* para las personas que ejercen la prostitución¹⁵.

De las diferentes posibilidades de regulación, la prohibición es solo una de ellas. Determinados ayuntamientos la han reglamentado para sancionar la conducta de las prostitutas por supuesta conducta contraria a la salud pública, lo que evidencia hasta qué punto se puede disparatar con la regulación de la prostitución. El reglamentismo, más que legalizar lo que pretende es higie-

¹⁵ Posada (2019: 34 y ss.).

nizar las condiciones en las que una inevitable prostitución va a seguir en la sociedad, y de ahí que considere esta actividad contraria a la salud pública y se sancione. La otra posibilidad sería la de legalizar el trabajo, considerado así por las mafias que exigen que la prostitución puede ser un trabajo sexual, que no debe ser invisibilizado y que deben tener condiciones laborales equiparables a cualquier actividad.

El derecho como forma de regulación de la conducta humana se diferencia de los demás modelos de comportamiento social por su potencialidad sancionadora, que puede llegar a la privación de libertad. Conviene señalar, no obstante, que no toda sanción proviene del derecho, ni tampoco toda norma jurídica tiene naturaleza coercitiva, sino que esta debe entenderse como una de sus más elementales características frente a la ética, la moral u otras formas de diferenciación.

El derecho tiene además una importante función propedéutica; quizás incluso la mayor parte de las normas que conforman un ordenamiento jurídico tengan como finalidad la orientación de las formas y modos de organización de la vida social, y solo una pequeña parte del derecho es sancionador, aun cuando se mantenga en él esa potencialidad. La capacidad socializadora de las conductas sociales debe ser tenida en cuenta por el legislador cuando regula un sector del ordenamiento en el que la aplicación de la norma constituye la *ultima ratio*, debiendo ser utilizados antes todos los cauces posibles que prevé el derecho para evitar la sanción. El paradigma de este derecho es el penal, considerado como el que ejerce su función social cuando han fallado todos los mecanismos anteriores y no es posible ni la prevención ni otros medios de solución que no sean la sanción.

Las consideraciones que hemos hecho sobre la evolución del reconocimiento de los derechos de las mujeres y su extensión en un modelo jurídico de estructura patriarcal deben traerse ahora aquí para valorar las exigencias de un derecho penal sancionador que defienda los derechos de las mujeres a su cuerpo frente al intento de dominio y control del patriarcado, que basa su modelo de sociedad en la utilización de los cuerpos para la explotación de los intereses del mercado.

La irrupción de nuevos derechos no deja intangibles los anteriormente reconocidos porque salvo excepciones de derechos individuales particularísimos, como una creencia religiosa que no tenga repercusiones externas o la libertad de conciencia o de pensamiento o creación en algunos supuestos, la mayoría de los derechos que se reconocen inciden sobre otros que resultarán restringidos o directamente imposibles de ejercitar. Otras veces, como en el consentimiento, la exigencia de contar con la voluntad de otra persona para llevar a cabo una acción no solo recorta, sino que condiciona ese acto a la voluntad externa que solo si lo permite puede realizarse.

En la teoría general del contrato, el art. 1254 del Código Civil establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar una cosa o prestar algún servicio». Faltaría analizar aquí si una relación sexual consentida adquiere la forma de contrato, pero dado que puede ser subsumida en esta definición, cabe que el legislador a la hora de regular en un código penal la naturaleza de esta relación encuentre adecuada la forma contractual como la más exacta para establecer la voluntariedad explícita acudiendo a una ley, el Código Civil, que en su art. 4.3 establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en la materias regidas por otras leyes». Este precepto aboca directamente a la consideración de contrato la formulación del consentimiento explícito de una relación sexual, y así se ha considerado también en algunas sentencias por los jueces y tribunales.

Pero la exigencia de un consentimiento explícito en una situación de estas características plantea problemas dogmáticos de alcance porque la prestación objeto de este supuesto contrato se resiste a ser objeto de regulación jurídica. Sobre todo en los supuestos de negación de lo que puede llamarse *consentimiento voluntariamente expresado* concurren elementos de muy diferente orden jurídico. Por referirnos al más importante, veamos cómo puede articularse una prueba tanto por parte de la persona que supuestamente comete el delito como de la que niega haber prestado el consentimiento. Las normas que regulan el consentimiento desde el punto de vista de la relación sexual consentida han aparecido muy recientemente en nuestro ordenamiento y, como puede verse, presentan en la práctica problemas importantes en el orden probatorio.

La centralidad del consentimiento en aquellas situaciones que jurídicamente se plantean relacionadas con la libertad sexual adquiere sentido constitucional en el ámbito de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE regula como principio constitucional. La protección de sujetos de derecho débiles, ya sea por la edad, la posición social u otras consideraciones sociales, debe ser amparada en algunos casos con irrelevancia del consentimiento. Por ejemplo, el consentimiento resulta intrascendente por debajo de determinadas edades por razón madurez, y también lo es en situaciones de trata de seres humanos cuya posición no permite una expresión libre de la voluntad.

La legislación que apunta a ese consentimiento se regula inicialmente en la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que unifica los delitos anteriores del Código Penal de abuso y agresión sexual en uno solo tipo de agresión sexual, definido «como cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento cuando haya manifestado libremente». Y define el consentimiento como aquella situación

en la que «se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Junto a esta regulación de carácter general, la legislación penal prevé otras formas de regular el consentimiento que tienen que ver con la capacidad de prestarlo, como puede ser la edad. Se prevé una forma de relativizar el efecto jurídico del consentimiento como consecuencia de que el menor de edad no estaría en condiciones de prestarlo si no llega a un determinado grado de madurez. En ese sentido, el Ministerio Fiscal aprobó la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, que pone de manifiesto el estado de la cuestión para la interpretación de dicho precepto y señala las circunstancias que concurren en torno a los problemas de la edad y el consentimiento de menores tras la reforma del CP de 2015.

La incorporación del art. 183 quater del CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo, determina que «el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate, como se ha indicado, de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

La indeterminación jurídica del precepto se presta a múltiples interpretaciones y de ahí que la fiscalía considere necesaria la clarificación de qué tipo de situaciones se pueden presentar. La presunción *iuris tantum* de la norma es la falta de capacidad para prestar consentimiento, y la previsión es una excepción a esa norma, por la que no será suficiente acreditar la madurez del autor, sino también la proximidad de grado de edad del adulto, pues no solo será una proximidad de la edad, sino además de la madurez.

La circular de la fiscalía concreta hasta donde puede las circunstancias en las que se debe aplicar la exención y detalla que no será de aplicación cuando haya engaño, violencia o intimidación, así como abuso de cualquier tipo.

2.2. Las posiciones regulacionistas

Las posiciones contrarias al abolicionismo parten de la concepción de algunos presupuestos también clásicos sobre la mayoría de edad de las mujeres y la huida del victimismo¹⁶. En principio, se considera que el feminismo hoy

¹⁶ Maqueda Abreu (2009). Su planteamiento tiene que ver con un concepto del derecho penal mínimamente sancionador y que no ha de considerar la minoría de edad de las mujeres para tomar sus decisiones. En la introducción la autora se queja de que no se

ha pasado del discurso moral al discurso de la dominación patriarcal, pero sin cambio sustancial en la dogmática jurídica que justificaría el abolicionismo, ya que este se mueve en el tópico de que es una práctica intrínsecamente degradante, incompatible con la dignidad y con el respeto de los derechos fundamentales de las personas, sin tener en cuenta la voluntariedad. Hay en el fondo una vinculación entre el sexo y el amor que no tiene una clara justificación, a menos que se recurra a justificaciones morales que deben ser ajenas al derecho, aún más al derecho penal¹⁷.

Se considera que la idea que subyace en el abolicionismo de que existe una explotación o abuso de poder, parte de considerar a las mujeres menores de edad y a su falta de libertad para decidir acerca de sus vidas. La consecuencia de esta posición es que no permite distinguir entre prostitución libre y forzada. Otro tópico es que no puede desligarse de la trata y de la explotación sexual.

En su momento, el legislador también se deja llevar de un optimismo poco justificado, de manera que en la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal eliminó el proxenetismo no coercitivo y la tercería locativa, dando lugar a una cierta liberalización de la prostitución que debería corregirse en la reforma del Código mediante la Ley 15/2003, que modifica el art. 188, castigando el lucro en la prostitución con el beneplácito de las abolicionistas¹⁸.

Sin embargo, la idea de que en el abolicionismo se ignoran las situaciones en las que la prostitución es sexo libremente pactado¹⁹ tiene una parte

pueda regular la prostitución voluntaria. Para el derecho penal todo lo que no esté prohibido debe estar permitido. No hacerlo supone un retraso histórico.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 16-27.

¹⁸ Art. 188 (redactado de acuerdo con la modificación establecida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) 1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. 2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. 3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores. 4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

¹⁹ *Ibid.*, p. 47 y ss.

importante de razón en la medida en que permite pensar en la libertad sexual de las mujeres. Pero también expresa una idea de escasa solidaridad con las mujeres en su conjunto, y de ahí la noción importante que señala la jurisprudencia acerca de la necesidad de que la dignidad no se refiera a las personas en su individualidad, sino también a aquellos grupos estables que comparten un modelo de comportamiento.

Frente a ese planteamiento, el abolicionismo no reconoce la voluntariedad en la prostitución, sin llegar nunca a admitir que pueda producirse una posibilidad de ejercicio libre de la prostitución.²⁰

IV. EL CONSENTIMIENTO COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PENAL

La cuestión está, una vez más, en el consentimiento y su exigencia de que haya sido expresado libre y voluntariamente. Y una refutación al argumento central del regulacionismo está precisamente en la trascendencia que podamos otorgar al consentimiento una vez que hayamos identificado la prostitución como trata en total coincidencia. Porque la primera exigencia en el consentimiento es la información: el consentimiento con trascendencia en sus efectos jurídicos ha de ser necesariamente informado, y el consentimiento viciado es, precisamente, causa de resolución de los contratos en materia civil.

Con ocasión de la STC 44/2023 ya citada, el voto concurrente abunda en la idea de que el consentimiento de la mujer embarazada es fundamental para conceptualizar el aborto como derecho y para despenalizar la intervención de cualquier tercero en el proceso, tal y como se refleja en la Ley Orgánica 2/2010 y en el propio Código Penal, siempre que sea configurado de manera libre y voluntaria²¹.

²⁰ M. Maqueda alega también que la jurisprudencia a veces da pie a pensar en una apertura a la legalización. Una sentencia del TSJA de 4 de diciembre de 2003 y otra de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003 han establecido que en cuanto que no exista una actividad prohibida, debe estar permitida. Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 20 de noviembre de 2001 la ha considerado una actividad económica no asalariada. Según esta sentencia, sería posible una regulación asalariada que podría ser más beneficiosa para la prostituta, que podría cotizar a la seguridad social. Solo exigiría que los poderes del empresario fueran muy restringidos, sin poder decidir en cuanto al rendimiento insuficiente, obligación de permanencia y negativa a ciertos servicios.

²¹ «La información previa al consentimiento se configura, en la ley y en la sentencia, como un elemento determinante de la formación libre del consentimiento y entiendo

V. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO EN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL

En algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se ha venido regulando de manera más o menos parecida el consentimiento en materia de relaciones sexuales. En Europa ha sido sobre todo a partir del Convenio de Estambul, que en el año 2011 formuló un acuerdo sobre medidas legislativas que habrían de adoptar los Estados parte respecto de la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. El art. 36 de este Convenio recomendaba a las partes en su párrafo 1 la adopción de medidas legislativas para la tipificación como delito: de las conductas relativas a la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; de los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona, y del hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. En su párrafo 2 requería que el consentimiento debiera prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona en el contexto de las condiciones circundantes. Y en su párrafo 3 exhorta a las partes a adoptar medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

Como consecuencia de este Convenio, se ha venido regulando el consentimiento en diferentes países, regulación de la que se puede extraer alguna consecuencia para nuestro ordenamiento interno.

Son diez los países europeos que ya regulan el delito de violación por la falta de consentimiento en la relación sexual: Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Alemania, Chipre, Islandia, Bélgica, Portugal, Grecia y Suecia. De hecho, uno de los modelos europeos que pueden inspirar a España es el sueco. En 2018, el país nórdico aprobó una legislación en la que el delito de violación ya no se define por la existencia de violencia o amenazas, sino que se centra en la ausencia de consentimiento. Si este no existe, es violación. Además, el país

que esta formulación es inadecuada. Los recurrentes se refieren a la ineficacia de la información a que se refiere el art. 17.2 de la Ley Orgánica para configurar el consentimiento, y la sentencia sostiene que el objetivo de los arts. 14 y 17 de la Ley Orgánica no es condicionar el consentimiento, sino «proporcionar a la mujer la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantear».

nórdico introduce el concepto de «violación negligente», un tipo penal por el que el autor podrá ser condenado a hasta cuatro años de prisión porque debería haber sido consciente de que la otra persona no estaba en condiciones de consentir una relación sexual (por ejemplo, en el caso de una menor que pueda parecer mayor). A la hora de evaluar el consentimiento, los jueces tendrán en cuenta si se expresó con palabras, hechos o de otro modo que haya dado origen a una relación recíproca. La ley especifica, además, tres situaciones que podrían ser consideradas como agravantes en caso de delito: si hubo violencia o amenazas; si el acusado abusa de la dependencia de la víctima hacia él, o si la víctima se encontraba en una situación de vulnerabilidad (inconsciente, dormida, bajo el efecto de alcohol o drogas, con miedo, enferma, herida o con algún trastorno mental).

1. REINO UNIDO

El Reino Unido tiene una regulación del consentimiento sexual desde el 1967, en la que se permitió la homosexualidad en el ámbito privado. La Sexual Offences Act 1967 fue progresivamente ampliando su permisividad hasta despenalizar completamente la homosexualidad en sucesivas reformas, llegando a la ley actualmente en vigor, que es la Sexual Offences Act 2003, que hizo una revisión de todas las anteriores, derogó los delitos sexuales y despenalizó la condena de tipo moral, liberando los derechos sexuales.

Esta ley define el consentimiento sexual como la aceptación de las relaciones sexuales por elección propia, con la libertad y capacidad de tomar esa decisión. Y por primera vez en un ordenamiento jurídico se califica una conducta de violación en función de si ha habido o no consentimiento o se ha ejercido violencia o intimidación.

La norma penaliza de diferente forma la violación y la agresión sexual. Si no ha existido una clara libertad de otorgar el consentimiento por efecto del alcohol o las drogas, o se han recibido amenazas o coacciones, se considera no otorgado el libre consentimiento y la relación sexual se califica de violación, aunque no se produzca con violencia. Y se define el consentimiento sexual como la aceptación de una relación sexual libremente consentida y conscientemente adoptada.

La edad legal de consentimiento sexual en todo el Reino Unido es de dieciséis años, tanto en hombres como mujeres que quieran mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo o del sexo opuesto. Según la ley, toda persona tiene derecho a decir no al sexo, a retirar o negar su consentimiento en cualquier ocasión y bajo cualquier circunstancia, independientemente de si ha dado su consentimiento para tener relaciones sexuales con esa persona en el pasado. Es decir, el consentimiento debe ser

continuo. Por último, la penetración de cualquier persona menor de trece años siempre se considera violación.

2. SUECIA

Suecia reguló esta materia en 2018 con una ley muy taxativa respecto de la voluntariedad de las relaciones sexuales. Exige una posición activa en la relación por la que la persona que pretende llevar a cabo la conducta sexual tenga pleno conocimiento de la edad y circunstancias de voluntariedad de la otra, y sea consciente de que actúa libremente, es mayor de edad y no sufre alteración en su voluntad.

3. ESTADOS UNIDOS

También se ha desarrollado una legislación importante en materia de consentimiento sexual, de manera muy parecida al ámbito legislativo europeo, basada en un consentimiento expreso. Y de manera muy similar también en los diferentes estados. A modo de ejemplo podemos ver los de algunos de ellos. Para el estado de Alabama, el sexo sin consentimiento implica que una persona «con o sin resistencia, es coaccionada por el uso de la fuerza o por la amenaza expresa o implícita de muerte, daño físico inminente». El Estado de California define el consentimiento como «cooperación o actitud conforme al ejercicio del libre albedrío y con conocimiento de la naturaleza del acto».

VI. UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

La sociedad patriarcal ha generado una relación de dominio, que se ha traducido en una desigualdad de derechos, en la supeditación histórica de las mujeres y su tratamiento discriminatorio, cuyo desequilibrio ha generado en la sociedad una violencia simbólica que traduce posiciones de inferioridad de género, con consecuencias de violencia sexual frente a las que se debe reaccionar desde la exigencia de un cambio del modelo de relación entre mujeres y hombres que abarque la totalidad social, desde la relación de pareja a los roles de comportamiento público y privado.

Situaciones como la globalización del #MeToo generaron desde hace varios años un cambio de actitud en los comportamientos de muchas mujeres, que hicieron crítica del victimismo para fijar la mirada en el principal problema en torno a la desigualdad de género y sobre el que se vuelcan sus efectos: el

cuerpo de las mujeres y sus consecuencias²². Más allá de las situaciones de inferioridad laboral o social, el dominio sobre el cuerpo de las mujeres trae consigo lacras sociales repugnantes, como la prostitución, la instrumentalización de los vientres en las maternidades subrogadas y la extrema violencia de género que acaba con sus vidas después de torturas físicas y psicológicas, y con situaciones extremas sobre sus hijos e hijas.²³

La posibilidad de un nuevo contrato social-sexual se apunta como una forma nueva de relación entre mujeres y hombres, donde se establecería un consenso *a priori* de manera individualizada, como pauta a seguir mediante un pacto en el que se señalarían las condiciones de esa relación. Aquí hay soluciones imaginativas de algunos autores, que apuntan a la necesidad de proporcionar ciertas medidas de seguridad en la relación de género, sobre todo en lo que se refiere a las prácticas sexuales, en evitación de riesgos o inseguridades²⁴, que habría de basarse en el pacto previo acerca de las condiciones de relación para impedir reclamaciones posteriores. Esta cultura del consentimiento vendría exigida por la diferente posición que hombres y mujeres ocupan en el terreno de la conquista y en el papel más activo del hombre, supuestamente determinado por la naturaleza. Pero esta diferencia, como acertadamente pone de manifiesto Arias, no tiene un correlato científico en el que sostenerse, sino más bien al contrario: la posición que aparece como más agresiva o dominante en el hombre sobre la mujer vendría determinada por un proceso de aculturamiento.²⁵

La necesidad de salvar las diferencias entre la *agresión intolerable* y la *insinuación razonable* exigiría la creación de un marco legal y social apropiado²⁶.

Estando de acuerdo con la idea general, es necesario plantearse esta reflexión desde el feminismo, en la manera en que ese proceso nuevo de aculturación haya de tener lugar dentro de un contexto social de igualdad. La posibilidad de ese nuevo contrato sexual, que entiendo implícito en la red de

²² El libro coordinado por Blanca Rodríguez, *Autonomía, género y derecho. Debate en torno al cuerpo de las mujeres* (2019), da cuenta de esta mirada sobre el cuerpo de las mujeres en relación con la necesidad de construir un modelo de mujer que responda a los intereses patriarcales.

²³ Sobre la maternidad subrogada y su inconstitucionalidad, Balaguer (2017).

²⁴ Lo que habría explorado como posibilidad Arias (2019: 76 y ss.).

²⁵ Basándose en las teorías de Steven Pinker y E. Spelke acerca de las diferencias de género y su influencia en el mundo de la ciencia, Arias llega a la conclusión de que no es posible mantener una diferencia biológica entre mujeres y hombres según sus comportamientos, de manera que quedan desautorizadas las diferencias innatas, ajenas a una interacción cultural (2019: 84 y ss.).

²⁶ *Ibid.*: 97.

desenvolvimiento de la actividad social, no sería otra cosa que la progresiva disolución del patriarcado como imposición y la derivación de un modelo de progresiva igualdad, en el que las relaciones entre las mujeres y los hombres en el plano sexual se integraran en el modelo general. Es decir, que el contrato del consentimiento fuera la consecuencia de la igualdad y no la condición. Para ello es previo el desarrollo de la igualdad en los derechos laborales, en la consideración social y en el resto de las desigualdades estructurales que se mantienen, algunas todavía intangibles, como el reparto de las cargas familiares o la universalización de los liderazgos femeninos.

No cabría pensar de manera aislada en un contrato que tuviera como finalidad última facilitar una cuota de seguridad a los hombres en sus prácticas sexuales, que podría estar en el fondo de algunas de estas propuestas. Ante la alarma de una condena del deseo, una nueva estructuración de las condiciones de su ejercicio que no exija responsabilidades en los posibles daños ocasionados, sino que se trataría de crear las condiciones en las que las mujeres se encontrarán en la igualdad de iniciativa. Toda vez que hemos negado toda evidencia científica a la diferencia biológica entre mujeres y hombres, también en los excedentes sexuales, trabajemos también por la igualdad de posiciones en la iniciativa, gestión del procedimiento y resultados finales, soslayando los prejuicios acerca de quién toma la iniciativa.

De esta forma, la igualación sexual de las conductas se inserta en el proceso que el feminismo mantiene como movimiento social, político y personal, en los derechos a la igualdad entre mujeres y hombres. La libertad sexual de las mujeres, sin esperar conquistas, insinuaciones e iniciativas, no puede ser discutida si no hubiera una teoría biologista que la avalara. Y dado que el proceso de aculturación debe desvestirse de esos prejuicios ancestrales de las diferencias, es preciso dar por entendido que las mujeres no deberían sentirse concernidas por esa placentera pasividad a que las condena la iniciativa de los conquistadores y deben empezar su propia reconquista.

La construcción de una sociedad igualitaria en términos de género solo es posible desde la igualdad del modelo del Estado social de derecho, con el que se comparte la igualdad social, la igualdad étnica o la de la condición de las personas, en términos de creencias o capacidades. Cabe, por tanto, una extensión de ese modelo general de la igualdad que ha desarrollado la dogmática constitucional desde las constituciones que Europa adopta después de la II Guerra Mundial. Y no es necesario, por lo tanto en este sentido, particularizar desde una posición de género dogmáticas específicas con las que tratar a las mujeres.

Ahora bien, dado que la construcción utópica de la igualdad de género ha de contar con la anulación de los privilegios y la progresiva sustitución del patriarcado, se impone una construcción paralela del sujeto en el hombre, que

exige un esfuerzo adaptativo importante. Si las llamadas desigualdades de trato por la religión, la etnia, las capacidades personales o las condiciones desiguales no exigen más que la posición negativa de la interdicción de la discriminación, en el caso de la igualdad de género no basta con reconocer al otro como igual, sino que además es necesario construirse como igual.

No será posible la igualdad de género si los hombres no cambian de manera radical la manera de ser respecto de las mujeres. Ni la violencia de género ni la prostitución ni el modelo de relaciones sociales respetan esa igualdad, por lo que un cambio de paradigma en la relación no es posible manteniendo los mismos comportamientos. Algunos hombres han aceptado ese principio de justicia distributiva en sus roles de relación en los ámbitos privados y públicos, y otros, incluso, intentan desde el derecho trabajarlos, pero esto es todavía puramente simbólico.²⁷ Para iniciar ese proceso, si llegara a ser posible un consenso generalizado sobre la igualdad de género, habría que cambiar el derecho no solo desde reformas parciales, sino desde la propia concepción del derecho continental europeo, enraizado en el derecho romano, y desde las bases patriarcales más ancestrales. Pensemos solamente en el Código Civil español y la filosofía profundamente patriarcal que lo inspira, o en el concepto que desde el Código Penal se contiene del cuerpo de las mujeres y de su incapacidad para disponer de su propio cuerpo desde las concepciones objetales de la publicidad o del mercado.

Sin embargo, la igualdad de género solo puede venir desde el derecho, porque es ahí donde se evidencia la posibilidad de condicionar las conductas y la coercibilidad opera con plena efectividad. Los usos y costumbres sociales probablemente en un plazo ya corto de tiempo vayan cambiando y dando lugar a la demanda de cambios jurídicos, pero, desde luego, sin un ordenamiento jurídico pertinente a esa construcción igualitaria de los sujetos con independencia del género a que pertenezcan, será muy difícil que las mujeres lleguen a ser las verdaderas dueñas de su destino.

Cuando surge en el año 2006 la Plataforma Estatal por los Derechos de las Trabajadoras del Sexo, se considera que la posibilidad de ejercer libremente la prostitución está conectada al derecho laboral y se producen algunas resoluciones judiciales en el sentido de esquinar el verdadero problema de la trata y resolver *ad casum* el asunto presentado en la demanda, sin entrar en la verdadera realidad de la prostitución. De ellas, la más importante, por ser una

²⁷ Una propuesta novedosa en este sentido la constituye el proyecto de O. Salazar (Salazar, 2019), que de manera pedagógica denuncia los elementos más estructurales del patriarcado y sus formas de destrucción.

sentencia del TS, es la STS 584/2019, de 1 de junio, sobre el recurso presentado contra la legalización del sindicato OTRAS.

La sentencia resuelve y estima el recurso presentado por el sindicato contra la sentencia que ilegalizó sus estatutos por ser contrario a derecho su objeto social. Esa sentencia consideró ilegal una normativa de trabajadores sexuales al ser la prostitución una actividad contraria a la dignidad de las mujeres. Estima el recurso y declara ajustados a derecho unos estatutos que regulen la actividad de *trabajos sexuales*. Esta afirmación, que se hace en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia, se completa con otras dos muy importantes. La primera, que dentro de una relación laboral lícita, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico actual, ha de estimarse que el ámbito funcional de los estatutos OTRAS es ajustado a derecho. La segunda, que las personas que desarrollan trabajos sexuales a los que se refiere el procedimiento gozan del derecho fundamental a la libertad sindical, si bien, dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a derecho, hecho aceptado por la recurrente, que reconoce que no existe relación laboral válida en estos casos, por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo.

La trascendencia de esta sentencia radica en el hecho de que el Tribunal Supremo ilegalice por primera vez de manera expresa y definitiva la prostitución con la frase «prostitución contraria a derecho [...] por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo». La exigencia de «laboralidad» que se excluye de la prostitución, indicia que los estatutos se refieren al resto de las actividades relacionadas con el sexo, bailarines eróticos, actores porno y otras actividades susceptibles de un contrato laboral.

En la medida en la que los FFJJ de las sentencias vinculan igual que el fallo, en la prostitución, como encabeza el FJ 5, «no hay relación laboral, y no resulta posible con arreglo a nuestro derecho vigente, la celebración de un contrato cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener relaciones sexuales con las personas que este determine a cambio de una remuneración, de modo que ese contrato sería nulo» (art. 1275 del Código Civil).

Desde el derecho constitucional habría sido preferible una óptica fundamentada en los derechos fundamentales y principios y valores del ordenamiento que, además de mayor expansión del contenido de los derechos, habría entrado en las razones últimas de la ilegalidad, dado que esa ilegalidad lo es porque no es constitucionalmente admisible la prestación laboral en un contrato cuyo objeto sea el acto sexual. Una mayor profundización nos llevaría a analizar las razones de la imposibilidad de la prestación ya desde la Constitución, lo que nos conectaría con los valores del Estado social.

VII. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA FEMINISTA A LA ABOLICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

Es desde la teoría feminista, fundamentalmente académica, como se ha contribuido a la elaboración de una apuesta netamente abolicionista de la prostitución que hunde raíces en la crítica a la objetualización e instrumentalización del cuerpo de las mujeres. En un modo de producción capitalista, interesado en la explotación económica, se permite la prostitución, la pornografía, las violaciones y gestaciones subrogadas y todo tipo de ataques tienen que ver en su conjunto con una misoginia social que trae causa en el patriarcado y su inevitabilidad histórica. Desde una interpretación del modelo económico, el feminismo reacciona a los ataques que se producen en los cuerpos de las mujeres como resultado de una utilización combinada de elementos de consumo sobre el cuerpo de las mujeres²⁸. La publicidad, la estética, las representaciones simbólicas, contribuyen a la creación de una industria que se soporta en el sexo y sus derivaciones y que constituyen una totalidad social en la que la subordinación de las mujeres alcanza a cualquier edad y condición social.²⁹

El neoliberalismo económico constituye una importante fuente de legitimación para el neoliberalismo sexual. Igualmente, la tolerancia social se justifica por el interés del sistema patriarcal en mantener ese dominio de los hombres. El posmodernismo, la banalización del sexo, frivoliza otras formas de feminismo. La difusión del sujeto como el eje vertebrador de la filosofía y del derecho tiene como consecuencia la banalización que convierte a la ciudadanía en consumidora. El discurso regulacionista de legalización de la prostitución es propio de la tendencia actual posmodernista de liberalizar los cuerpos, los sentimientos y que entiende que todo sexo es bueno. Es el poder del hombre sobre la mujer cosificada y puesta a su disposición, lo que revierte enseguida al poder del patriarcado y en un refuerzo retardatario de la igualdad y la destrucción de los roles igualitarios.³⁰

²⁸ Este análisis luce con claridad en la obra de Cobo (2017).

²⁹ Sobre la relación combinada de todos estos factores, Cobo pone de manifiesto que la pornografía funciona como la antesala de la prostitución, creando las condiciones sociales para la explotación de las mujeres en una u otra situación. (Cobo, 2019). Con más exhaustividad, en Cobo (2020).

³⁰ Rodríguez Magda estudia las características del pensamiento posmoderno en relación con los puntos de fuga que crean en las mujeres y sus cuerpos. Desde el «giro lingüístico» que centra el mundo en el lenguaje, «el mundo perdió su densidad referencial [...] el pensamiento posmoderno se aplicó a la deconstrucción de todas esas entidades

Se está produciendo una resignificación de la prostitución como un elemento de ocio, incardinado en grandes superficies de consumo colateral, con promociones y ofertas publicitadas como ocasiones y que tiene como finalidad la normalización de un tipo de consumo de sexo sin los vergonzantes ocultamientos de las antiguas casas de citas.³¹

La deslocalización propia de la globalización permite un tránsito constante y poco controlado de la trata, importante en los países del tercer mundo por el montante económico que supone su PIB. Pero justamente por eso, para el feminismo es necesario resituar la prostitución en una agenda de abolición que choque con la permisividad y legitimación de neoliberalismo actual. Los beneficiarios de este sistema prostitucional son los proxenetas, pero también los Estados, los medios de comunicación, la publicidad y una notable industria que se genera en torno a ella, como las aplicaciones informáticas relacionadas con el *sexting*, la pornografía o la venta de sexo por internet en situaciones sin control que justamente por eso proporcionan un importante beneficio económico.³²

De escenarios discretos y más o menos ocultos, se ha pasado a una resignificación de la legitimación de las actividades de prostitución como una profesión que debería ser legalizada y promovida como una industria del sexo, consumida en libertad y regulada como cualquier otra actividad.³³ Cuando parece que la prostitución puede engarzarse con la abolición de otras formas de sujeción, inopinadamente el liberalismo irrumpe en el mercado de los cuerpos y reaparece con más fuerza.

La prostitución se internacionaliza igualmente frente al localismo de una sociedad de mediados del pasado siglo, reducida y arrinconada a burdeles lúgubres y tolerados, y se vincula a los delitos de tráfico de trata y de blanqueo de dinero fruto del tráfico de estupefacientes.³⁴ La globalización e internacionalización contribuyen a empeorar la situación de mujeres, que

ilusorias: el sujeto, el yo, el cuerpo, los valores, los sexos, las naciones, las democracias representativas». (Rodríguez Magda, 2019: 767 y ss.).

³¹ De ahí la consideración retórica que adquiere la pregunta de Rodríguez Magda sobre la actualidad del patriarcado. En «¿Es todavía aplicable hoy la noción de patriarcado?» analiza la relación entre los sistemas del poder y el cuerpo de las mujeres en sus actuales resignificaciones, todas ellas provistas de sesgos androcéntricos, en los que «la sexualidad femenina se (convierte) en un terrero de exploración y recuperación» cuya deriva conocemos hoy desde las nuevas formulaciones butlerianas (Rodríguez Magda, 2015: 604 y ss.).

³² Nuño y De Miguel (2017: X).

³³ De Miguel (2015).

³⁴ Posada (2015). Sobre todo el cap. V. Y también Posada (2012: 126 y ss.).

son desarraigadas de sus lugares de origen, chantajeadas sobre sus familias y maltratadas por las mafias.³⁵

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La prostitución en una construcción del sistema patriarcal que se une a otras de las manifestaciones de poder sobre el cuerpo de las mujeres y, junto a los vientres de alquiler, es la más invasiva porque no utiliza su imagen como en la publicidad ni supone una discriminación como en el trabajo, sino una injerencia directa en sus cuerpos, utilizándolos y abusando de ellos, denigrándolos y humillándolos para reforzar las posiciones de dominio de la virilidad y reproducir un sistema político.

Segunda. La posición que el feminismo mantiene sobre la prostitución no es uniforme, pero si mayoritariamente abolicionista, relacionada con la trata y con la necesidad de erradicar toda forma de sexismo. En general el feminismo es mayoritariamente abolicionista y se mantiene en esa postura de regulación como una actividad prohibida, lo que puede llamarse *regulacionismo abolicionista*, que se distingue con claridad de otras posiciones, como el *reglamentismo*, que pretende mejorar las condiciones de las mujeres a corto plazo, y de las posiciones de otros partidos políticos de centro y derecha que la consideran una actividad libremente elegida y objeto de regulación mercantil como los vientres de alquiler.

Tercera. El modelo propuesto aquí es abolicionista, que podría conectar con la regulación de la trata y que tendría como finalidad la de facilitar la reinserción social de las mujeres objeto de tráfico y prostitución. Se trataría de penalizar las condiciones de prohibición de los prostituyentes, sanciones, penalización en su caso, y desmantelamiento de empresas e instituciones que ahora se esconden bajo otras formas de actividad.

Bibliografía

- Arias Maldonado, M. (2019). *(Fe)Male Gaze. El contrato sexual en el siglo XXI*. Barcelona: Cuadernos Anagrama.
- Balaguer Callejón, M. L. (2017). *Hij@s del mercado*. Madrid: Tecnos.
- Cobo, R. (2017). *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata.
- Cobo, R. (2019). Introducción. Pornografía y prostitución en el orden patriarcal: perspectivas abolicionistas. *Oñati. Socio-legal Series*, 9 (1), 1-5. Disponible en: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1000>.

³⁵ Sobre la trata y otros aspectos relacionados con la prostitución se puede consultar a Nuño (2017).

- Cobo, R. (2020). *Pornografía. El placer del poder*. Madrid: Ediciones B.
- De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.
- Gómez Sánchez, Y. (2008). *Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética*. Madrid: Sanz Torres.
- Gutiérrez, I. (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Häberle, P. (1996). *Retos actuales del Estado constitucional*. Oñate: IVAP.
- Häberle, P. (2008). La dignidad como fundamento de la comunidad estatal. En F. Fernández Segado (coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional* (pp. 175-237). Madrid: Dykinson.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares.
- Molero Martín-Salas, P. (2014). *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nuño, L. y De Miguel, A. (2017). *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*. Granada: Comares.
- Nuño, L. (2017). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas. *Revista de Derecho Político*, 98, 159-187. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18654>.
- Peces Barba, G. (2002). *La dignidad de la persona desde la dignidad del derecho*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Posada, L. (2012). Argumentos y contra-argumentos para un debate. Sobre la trata y prostitución. *Ex Aequo*, 26, 121-134.
- Posada, L. (2015). *Filosofía, crítica y (re)flexiones feministas*. Madrid: Fundamentos.
- Posada, L. (2019). Reflexiones críticas sobre la prostitución desde el modelo abolicionista. *Oñati Socio-legal Series*, 9.
- Rodríguez Magda, R. M. (2015). *Sin género de dudas (dossier del siglo XXI). Logros y desafíos del feminismo hoy*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Rodríguez Magda, R. M. (2017). *De playas y espectros. Ensayo sobre el pensamiento contemporáneo*. Valencia: Pre-textos.
- Rodríguez Magda, R. M. (2019). *La mujer molesta: feminismos postgénero y transidentidad sexual*. Madrid: Ménades.
- Rodríguez, B. (2019). *Autonomía, género y derecho*. Debate en torno al cuerpo de las mujeres. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salazar, O. (2019). *#Wetoo*. Barcelona: Planeta.
- Stark, C. (2005) Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 489-497.
- Stark, C. (2008). La dignidad del hombre como garantía constitucional. En F. Fernández (coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional* (pp. 239-302) Madrid: Dykinson.