

dicho sin perjuicio de que también se aplique esta construcción para obtener la anulación judicial de decisiones no ya sujetas al juez ordinario, sino absolutamente exentas de control. Y ciertamente la *fiction* de la separación de determinadas actuaciones de la decisión final o del contrato sirve para admitir, en general, la defensa jurídica de los particulares (en ningún caso para defender la legalidad objetiva). O, más sencillamente, en muchas materias la separabilidad de los actos depende antes de la situación contenciosa del demandante —de su legitimación o de las vías impugnatorias que le hubieran sido abiertas— que de los caracteres intrínsecos del acto (pág. 91). Es evidente que la separación se utiliza siempre que se hace preciso reconocer la competencia al juez administrativo para impedir la impunidad de ámbitos de actuación administrativa.

Pero, además, los actos separables tienen sentido desde la perspectiva que nos ofrece la distinción entre las dos vías impugnatorias del Derecho francés: los recursos de anulación y de plena jurisdicción. Siempre que se aplica la idea de actos separables, y puesto que se trata de cuestiones de procedimiento o de competencia, no cabe solicitar el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y, por tanto, la única vía abierta es el exceso de poder (anulación).

La anulación administrativa del acto separable puede abrir la puerta de un verdadero proceso judicial, pues, salvo la excepción reciente del contencioso-electoral ante el *Conseil Constitutionnel*, no siempre basta con la anulación de la decisión administrativa para conseguir la anulación del acto no sujeto al Derecho administrativo. En este preciso aspecto, la teoría en España aparece en una fase más evolucionada toda vez que, por ejemplo en materia contractual, la declaración firme de nulidad de los actos separables lleva aparejada la del mismo contrato de forma automática, que entrará en fase de liquidación (arts. 9.3 y 65 TRLCAP).

4. En el prólogo de MODERNE se destaca que se trata de un ataque vivo a la teoría francesa del acto separable y que el autor se sirve de un tono polémico para afirmar sus puntos de vista. Podemos añadir que este tono se ve reforzado por

un rasgo del brillante estilo del autor, que consiste en el uso de metáforas (por poner algún ejemplo: los «campos de batalla» de los actos separables, «el laberinto jurídico», la «erosión» de la teoría).

Igualmente, MODERNE indica que con vendría ponderar el juicio demasiado negativo en relación con el futuro del sistema francés. Y, al respecto, cabe tener en cuenta la cada vez menos nítida frontera entre la anulación y la plena jurisdicción. A mi juicio, la posibilidad de dar órdenes de hacer a la Administración como consecuencia de la Ley de 1995 puede marcar, en el sentido ya destacado por HAURIUO, el acercamiento de ambos tipos de recursos cuando se puedan invocar situaciones jurídicas individualizadas (por ejemplo, el mejor derecho a la adjudicación de un contrato), se trate de competencias regladas y se permita la aplicación del Derecho en vigor en el momento de dictar el fallo. Si, como decíamos al principio, el Derecho administrativo francés es ante todo pragmático, la amenaza de extinción de los actos separables sólo será real cuando exista otra vía cierta, más eficaz (pero en la que igualmente se pondere el interés público y de tercero), para admitir un control de legalidad de la Administración pública a instancia de las personas legitimadas, aunque no necesariamente titulares de una situación jurídica individualizada.

La teoría de los actos separables sufre un proceso de erosión, eso es indudable; pero a la vista de los aspectos positivos que aún tiene, aquí sólo cabe esperar que este proceso natural, que ha de desembocar lenta pero irremediablemente en la desaparición de la materia, jse alargue el tiempo suficiente como para encontrar remedios sustitutivos!

Isabel CARO-PATÓN CARMONA

REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R., y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, Thomson-Aranzadi, Junta de Castilla y León, Fondo Social Europeo, 2004, 250 págs.

1. Tres profesores de la Universidad de Valladolid han tenido el acierto de

abordar con un enfoque jurídico multidisciplinar el hecho social de la prostitución. Fernando REY, constitucionalista, se encarga de las cuestiones fundamentales y, con suficiente solvencia, se atreve a hacer una incursión en los pormenores de su reglamentación positiva (y en particular la catalana y la bilbaína). Ricardo MATA se ocupa de los aspectos penales, para recordarnos desde las primeras líneas que el ejercicio de la prostitución nunca se ha considerado delito (aunque no entra, sin embargo, en su tipificación entre las infracciones administrativas); igualmente describe la evolución más reciente de nuestro Derecho penal. Se critica el paréntesis abierto por la reforma del Código Penal de 1999, y cerrado en la del 2003, de la discriminalización del proxenetismo en los casos de aceptación de la prostituta. También explica los delitos que rodean a esta actividad, con atención a los que se vinculan al tráfico de extranjeros. Muy sugestivas resultan las páginas en que Noemí SERRANO ofrece argumentos en contra de la aplicabilidad del Derecho laboral a la prostitución: argumentos muy solventes para rechazar que sea trabajo por cuenta ajena, pero menos convincentes en el caso del trabajo por cuenta propia.

2. Los tres autores nos acercan a lo que llaman «laberinto fáctico y normativo» de la prostitución. Ahora bien, su descripción es tan acertada que no aparece tal laberinto y de nuestro país habría que destacar más bien la inexistencia de una *regulación legal del Estado* que aborde de frente esta actividad. Y realmente seguimos debatiéndonos entre las principales corrientes que, desde tiempos casi inmemoriales, imbuen la política legislativa en esta materia: el reglamentismo y el abolicionismo.

El primero de los movimientos propugnaba el control principalmente sanitario de la prostitución, contemplando a la mujer como un objeto de consumo, cuya «calidad» (si se permite la expresión) tenía que sujetarse a unos mínimos para garantizar con ello el orden público; es explícita la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1 de marzo de 1908, que completaba al Reglamento de 5 de noviembre de 1865, norma pionera al res-

pecto, donde se lee que es «industria dañina o comercio peligroso».

Por su parte, el abolicionismo encontró en Josephine Grey de Butler, líder del movimiento feminista de finales del siglo XIX, una de sus principales defensoras. Con no poca ingenuidad, se mantenía que la prohibición de la prostitución podía servir en la lucha contra la doble moral sexual. Siguiendo los mandatos de la Convención de Nueva York de 1950, y la tendencia imperante en otros muchos otros países, incluida la Unión Soviética, el abolicionismo estuvo presente en nuestra postguerra desde el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1955. Y podemos decir que a partir de la reforma del Código Penal de 1963 se profundizó en esta corriente al admitir la adopción no ya de penas de cárcel para las prostitutas, pero sí de las medidas alternativas a la de privación de libertad como eran las de Corrección y Seguridad.

3. Pero entremos en la descripción de la situación legal en España. Ya hemos dicho que no se han promulgado leyes del Estado en la materia, que resultan imprescindibles toda vez que están afectadas sus competencias en materia de seguridad social, legislación civil, fiscal, laboral, sanitaria o sobre extranjería. Y que, ante este vacío, los reglamentos promulgados en Bilbao y Cataluña —Ordenanza aprobada por acuerdo del Pleno del Municipio de Bilbao de 12 de mayo de 1999 y Decreto 217/2002, de 1 de agosto, del Gobierno catalán— contemplan de manera indirecta y, por tanto, fragmentaria esta actividad. Los autores se muestran muy críticos con ellos, pues no suponen más que un falso retorno al reglamentismo, aunque ahora bajo una óptica (o una excusa) urbanística o de control de actividades. La competencia esgrimida en el caso de Bilbao es la urbanística, pues la norma se limita a fijar unas condiciones de habitabilidad y a determinar un régimen mínimo de distancias entre prostíbulos con la finalidad de disolver una «zona caliente» de la ciudad. En Cataluña, el tronque se encuentra en la Ley reguladora de espectáculos públicos y se buscan otros objetivos como la prohibición del trabajo de menores o la exigencia de que en los locales se cuente obliga-

toriamente con profilácticos. Pero tampoco se puede ir más allá (y, por tanto, ni siquiera obligar a que aquéllos sean utilizados por los clientes).

Se preguntan los autores si estas regulaciones autonómicas de carácter urbanístico o de autorización de actividades implican que la prostitución es una *actividad lícita* en España. Y, con distintos jueces y tribunales, nos contestan que sigue siendo una actividad ilícita. Incluso resaltan en varias partes de la monografía que la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea Janny y otras*, de 20 de noviembre de 2001, sólo indica que la prostitución es una actividad económica, sin que de ello se desprenda, como se ha querido ver, que es una actividad legal; sí echan en falta nuestros autores que el TJ no hiciera una expresa repulsa jurídica al ejercicio de la prostitución ni valorara esta actividad desde la perspectiva de la dignidad de las personas.

En la actualidad, sólo es absolutamente cierto que en el ejercicio de la prostitución no hay ilicitud penal; puede haber todavía ilicitud civil en relación con distintas manifestaciones que rodean a esta actividad, como es paradigmáticamente el alquiler de habitación para la prostitución, por no hablar, como es obvio, de la ilicitud del contrato laboral.

4. Ahora bien, no se sabe a ciencia cierta qué tratamiento ha de dar el derecho a la prostitución. Sobre todo si, como bien advierten los autores, en el fondo de la disparidad de enfoques se encuentra una lectura distinta de la dignidad de la mujer prostituta. Porque hay quien dice que tal dignidad, unida al libre desarrollo de la personalidad, está en la base de la defensa del derecho de autodeterminación de las personas, que incluiría la posibilidad de convertirse en trabajadores del sexo y prohibiría que la elección de este oficio determine ningún trato discriminatorio. Otros autores, sin embargo, y desde el *paternalismo jurídico* de Herbert L. HART (no trasnochado, como muestran casos como el *arrêt* de 27 de octubre de 1995 del Consejo de Estado francés, que declaró la ilegalidad del lanzamiento consentido de enanos), entienden que es preciso prohibir y desconocer esta actividad, pues cualquier reconocimiento supone su

fomento. Los autores nos plantean con brillantez la incógnita. No resultan, sin embargo, siempre precisos a la hora de responderla. Tal vez pese en ello un argumento sociológico: que no hay prostitución, sino prostituciones, puesto que al lado de la prostituta que vive en precarias condiciones materiales (cada vez más extranjeras ilegales) se encuentran las *hetairas* o quienes se dedican al «mercado de lujo» del sector.

Recientemente, T. PRIETO también se ha preguntado «si la libertad constituye el verdadero parámetro, incuestionable, de la dignidad; o si, por el contrario, la dignidad está por encima de la libertad y opera eventualmente como un límite para ella». Su arranque es necesariamente iusfilosófico; con MILLÁN-PUELLES, defiende que, al hacer uso de su libertad, las personas tienen el deber moral de mantenerse a la altura de su dignidad ontológica. Pero al pasar al segundo plano, es decir, al analizar hasta qué punto este deber moral resulta exigible jurídicamente, con una claridad que no se encuentra en todas las páginas de la monografía que comentamos, responde de manera abierta y alcanza, a mi juicio, una solución muy ponderada. Sirviéndose del valor preferente de la libertad y teniendo en cuenta también la repercusión pública de los comportamientos, concluye que la dignidad debe tener un carácter residual y, por su carácter incierto, sólo permite imponer limitaciones en casos extremos. La prostitución, nos dice, no se encuentra entre éstos, de manera que la dignidad del artículo 10 de la Constitución no justifica su prohibición<sup>1</sup>.

Otro plano sin duda distinto, y tal vez aquí también se puede echar en falta un mayor esfuerzo de disección y concreción en los autores, es el de la protección de la dignidad o, en palabras de Ingo SARLET, la dignidad como *tarea* de los poderes públicos, que éstos deben promover generando las mejores condiciones para su efectividad. Simone DE BEAUVOIR escribía que la prostituta, con independencia de que un estatuto legal la sujete a vigilancia

<sup>1</sup> *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, 2005, págs. 201 ss.

policial o de que trabaje en la clandestinidad, y en todo caso, es tratada como una paria. Pero también decía que la idea abstracta de moral y dignidad era ajena a muchas prostitutas; pues, en su opinión, muchas están moralmente adaptadas a su situación, sintiéndose, con razón, integradas en una sociedad que reclama sus servicios. A su juicio, no es su situación moral lo lamentable, sino sus condiciones materiales, deplorables en la mayor parte de los casos<sup>2</sup>. Si la prostitución es —y esto es incuestionable— un medio de vida, acaso la dignidad de las personas exija su reconocimiento, aunque sólo sea a los efectos del acceso a la seguridad social, tal y como se ha hecho en países como Holanda, Alemania o Nueva Zelanda. El predominio de extranjeras (ilegales) no debería servir de excusa para obviar su tratamiento por el Derecho, sino precisamente para analizar también cuáles deban ser los posibles requisitos para su *regularización*.

Los autores de *Prostitución y Derecho*, no obstante, se insertan de lleno en el abolicionismo, al que quieren completar con una «política incisiva de inclusión social, que evite que su pobreza y necesidad lleven [a la mujer] a la prostitución». Desde aquí, mantienen que «una importante medida a adoptar es superar esa pobreza mediante el trabajo (no integrar la prostitución en el trabajo)». Y para ellos, y utilizo la frase redonda con que cierran su monografía, no es tan necesario cubrir su déficit de derechos laborales cuanto corregir su déficit de ciudadanía.

5. La lectura de este libro, que plantea las cuestiones radicales de la prostitución, es muy recomendable para cualquiera. Tiene interés para quienes tienden a encontrar en ordenamientos foráneos modelos progresistas que imitar sin hacer un mínimo ejercicio crítico; para expertos en Derecho del trabajo y de la seguridad social que también estudien los nuevos retos de la inmigración; para consti-

<sup>2</sup> *Le deuxième sexe*, II; manejo la edición de Gallimard de 1976, pág. 443. Se trata, sin duda, de un lugar común; también CELA, en *La Colmena*, dice de Elvira, una mujer que se echó a la vida, que la pobre «no come lo bastante ni para ser viciosa ni virtuosa».

tucionalistas y, cómo no, para administrativistas, que puedan encontrar entre las sabias técnicas de la policía las claves de su control.

Y, por cierto, en cuanto a la bibliografía existente y utilizada por los autores —muy rica en estudios sociológicos, pero aún muy pobre en cuanto a la doctrina jurídica— cabe destacar una ausencia. No citan un trabajo de Leopoldo TOLÍVAR ALAS publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo* en 1989, tal vez porque se centre en el estudio de la atribución, ya en desuso, de la competencia a la autoridad gubernativa para el cierre de lupanares (en la actualidad, es el juez quien se encarga de ello) y para la adopción de otras medidas de policía<sup>3</sup>. En todo caso, TOLÍVAR admitía en las primeras páginas que se trata de uno de los *temas malditos* sobre los que las publicaciones son escasas, quizá por el recelo de los autores a verse mezclados con un sector miserable (e incluso *sucio*). Posiblemente, un enfoque desde la perspectiva de la dignidad no ya tanto de la *mujer caída*<sup>4</sup>, sino de la inherente también al *trabajador del sexo*, en el que se aborden, con rigor, sus derechos y deberes fundamen-

<sup>3</sup> «Notas sobre la reglamentación, prohibición y tolerancia administrativa de la prostitución», *REDA*, 63 (1989), págs. 369-393. Este autor hace un recorrido por nuestra historia que completa las páginas que se dedican a este tema en la monografía que recensionamos.

<sup>4</sup> Mi abuelo Tomás CARO-PATÓN, en un libro precisamente titulado *La mujer caída. Memorias y reflexiones de un médico de lucha antivenérea* (1956), hacía una valoración crítica del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1955 sobre abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución. A su juicio, y desde una posición profundamente religiosa y abolicionista, no era realista el plazo de tres meses dado por la norma para el cierre de los dispensarios y establecimientos dedicados a la prostitución, pues suponía —como efectivamente pasó— condenar a la mujer a seguir ejerciendo su oficio, pero desde la ilegalidad y con el temor añadido de la represión policial, inexistente hasta entonces. Hace cincuenta años propugnaba, exactamente igual que los autores del libro que comentamos, que el abolicionismo se acompañara de medidas de integración social.

tales en el sentido amplio (incluida la aplicación de los principios programáticos), siga siendo necesario. Y considerando el alto valor constitucional de la dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, no estaría de más que la publicación de esta primera monografía sobre «derecho prosti-tucional» (como con cierto exceso lo califican los autores) nos anunciara que es un tema que va a empezar a interesar a la doctrina jurídica.

Isabel CARO-PATÓN CARMONA  
Universidad de Valladolid

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos* (Prólogo del profesor Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN), Editorial Comares, S.L., Granada, 2003, 353 págs.

Los servicios públicos se han convertido en una figura determinante en los Estados europeos; conocemos su pasado y su presente, pero ¿están las instituciones comunitarias dispuestas a mantener estos servicios?, ¿podrán los Estados utilizarlos como medio para eludir las normas comunitarias?, y, todavía más importante, ¿es inseparable el binomio servicio público-ineficacia en sus prestaciones? Estos interrogantes y otros muchos son resueltos en la obra que analizamos.

El Prólogo es obra del profesor Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, y en el mismo nos encontramos con una primera aproximación a la noción de servicio público.

El autor comienza su análisis con una Introducción general en la que se muestran cuáles van a ser las líneas a desarrollar. La obra se divide en tres partes bien diferenciadas, en las que se aborda el análisis del servicio público desde tres puntos de vista: en la concepción tradicional, en la Constitución española y en el Derecho comunitario.

Se inicia esta obra con el estudio de la noción de servicio público en el Derecho francés. Esta figura tuvo en el país galo a

sus más fervientes detractores y defensores. A la noción de servicio público se le otorgó tal grado de amplitud en el país vecino que llegó a ser considerada como el elemento definitorio del Derecho administrativo.

La teoría clásica del servicio público francés tiene tres máximos representantes: DUGUIT, JÈZE y HAURIUO. El autor aclara los principios esenciales de sus teorías y, tras este estudio individualizado, observa las similitudes entre ellas; las tres se caracterizan por mantener enlazados «servicio público y procedimiento de derecho público-exorbitancia de derecho común».

A pesar de las coincidencias que se producen entre los tres autores citados, ha llamado nuestra atención la argumentación de DUGUIT sobre el servicio público. Coincidimos con el autor en las dificultades del planteamiento teórico de DUGUIT para concretar las actividades que pueden tener la consideración de servicio público; y también en la posible exageración de su carácter social, que nos hace olvidar que la intención de DUGUIT era adecuar el intervencionismo estatal a la realidad social.

No obstante, la aplicación de la solidaridad social y su exposición sobre la existencia de necesidades que deben satisfacerse en común nos parecen adelantadas a su tiempo y de rabiosa actualidad; parámetros que siguen vigentes para entender el servicio público y su fundamento último.

La concepción clásica sufre una primera crisis cuando cae la estructura estatal en la que se apoyaba: el Estado liberal. La irrupción de una nueva visión de la mano del Estado del Bienestar provoca que el ámbito de actuación del servicio público se sitúe bajo el control del legislador; teniendo que esperar ya hasta finales del siglo xx para abrir una nueva etapa.

En lo que respecta a la situación de los servicios públicos en España con anterioridad a la Constitución, hay que destacar el carácter más limitado de esta figura, a pesar de la importante influencia de la doctrina francesa, y su consideración como una más de las formas de actuación de la Administración.

Dado el carácter más restringido de la noción de servicio público, las crisis que acompañaron a esta figura en nuestro