

Trabajo sexual: tratamiento en el sistema jurídico

Tesina Escuela de Derecho

Juan Javier Muñoz Yañez

Profesora guía: Daniela Beatriz Marzi Muñoz

Fecha de entrega: noviembre del 2021

"Si no eres dueña de tu cuerpo, mujer, ¿de qué mierda eres dueña? Mujer pobre, mujer proleta, mujer obrera, cansada de trabajar, lavar, educar, amamantar a la prole que, según estos beatos, te manda Dios. Como si Dios te diera un bono de mantención para la crianza. Como si los críos vinieran con una beca divina. Mira tú, si los ricos Opus pueden darse el lujo de parir a destajo porque les sobran las lucas."

Un huevo no es un pollo, Pedro Lemebel

Dedicatoria

A mi familia, mi mamá Leonor, papá Juan, Nelly y Juan José, tío Palo y tía Laura, Pablito, mama y tata. Gracias por aguantar mis llantos, la ausencia durante periodos de tiempo donde pensaba que no iba a lograrlo, pero aquí me encuentro en el último paso del camino. Jamás podría haberlo logrado sin ustedes, gracias por permitirme tener la experiencia de poder estudiar y crecer como ser humano. No hay palabras suficientes para decirles cuanto los amo y lo que su apoyo ha significado para mí.

A Tanya Villagra y Angela Bucarey por siempre animarme y guiarme en este extraño camino que es estudiar derecho. No hay un día que pase sin agradecer por su incondicional amistad, por el amor que compartimos y por las experiencias que se nos vienen por delante.

Daniela, Pablo, Felipe y Marco, gracias por compartir esta experiencia conmigo. Compartir con ustedes y nutrirme de sus conocimientos, crecer y aprender juntos ha sido una experiencia que no voy a olvidar nunca. Los quiero montones.

A mi Emily por siempre estar ahí, por quedarte conmigo estudiando durante noches enteras y por nunca dejar de quererme durante este proceso.

A mis profesores y profesoras Daniela Marzi, Tania Rojas, Camilo Mori y Gonzalo Aguilera por guiarme en el derecho del trabajo y enseñarme que se puede ejercer dentro del amor a esta disciplina. Sus enseñanzas quedarán conmigo por siempre.

Finalmente, a cada trabajador, trabajadora y trabajadore sexual que ha salido a la calle, ya sea por voluntad o por necesidad. Espero que donde quiera que estén, sepan que tienen personas que abogan por su reconocimiento. Sus experiencias son válidas y son reales, gracias.

Mis logros se encuentran marcados por ustedes, muchas gracias.

Índice

Índice	p. 4
Glosario	p. 5
Resumen	p. 6
Introducción	p. 7
Capítulo I: Conceptualización de la prostitución y el trabajo sexual	p. 10-15
1) Conceptualización y antecedentes históricos	p. 10
2) Historia de la prostitución en Chile	p. 12
3) Violencia de género e interseccionalidad	p. 13
Capítulo II: Modelos conceptuales que la tratan	p. 16-26
1) Moral y ética	p. 16
2) Distintos sistemas jurídicos que tratan la prostitución y sus ejemplos internacionales	
2.1) Reglamentarismo	p. 17
2.2) Prohibicionismo	p. 21
2.3) Legalización	p. 24
Capítulo III: El derecho del trabajo: aplicación	p. 27-43
1) El principio protector ¿Aplicable al trabajo sexual?	p. 27
2) El trabajo como acto dependiente e independiente	p. 28
2.1) ¿Cuál es la forma que más se adapta a la prostitución?	p. 30
3) El trabajo sexual en la legislación chilena	p. 33
4) Protección a trabajadores independiente y su posible relación con el trabajo sexual	p. 40
Conclusiones	p. 44
Referencias Bibliográficas	p. 47

Glosario

Es de sumo interés poder hacer la diferencia entre dos términos que se van a ir ocupando a lo largo de todo este trabajo, los cuales pueden significar lo mismo en la práctica, pero para efectos de esta tesina debemos diferenciarlos.

- Prostitución: nos referimos a la prostitución como aquella actividad que no se ve amparada como un trabajo ni goza de las disposiciones en la legislación laboral.
- Trabajo sexual: esta se diferencia con la prostitución debido al carácter que puede comenzar a adquirir a través de la dignificación de la actividad, pudiendo incluso ser amparada por la legislación laboral.

Resumen

El objetivo principal de esta investigación dice relación con poder abandonar concepciones moralistas que se han instaurado en las sociedades, causando una reputación negativa a determinadas actividades como lo es el trabajo sexual, instaurando un tratamiento jurídico acorde a las necesidades de quienes ejercen este trabajo y otorgando protección ante las vulneraciones que aquellos y aquellas trabajadoras sufren constantemente.

Para poder lograr el objetivo, esta investigación se basa tanto en la historia que ha tenido la prostitución como en los distintos marcos normativos que se encargan de regularla, ya sea el marco normativo chileno y los distintos marcos normativos a nivel internacional, haciendo una mención de los distintos modelos que se han instaurado en la actualidad y que tienen la finalidad de entregarle un tratamiento a esta actividad. Dichos tratamientos darán paso a las distintas formas en las que podemos concebir la realización del trabajo sexual y cómo el Estado puede proteger a aquellos que la ejercen.

Con lo anterior es que surge la necesidad de comenzar a analizar la figura del trabajo sexual y como esta puede ser considerada como un trabajo donde exista la posibilidad de que no haya un vínculo con un empleador y, por lo tanto, no se encuentran en una situación de dependencia respecto de estos, es decir, la posibilidad de concebir al trabajador sexual como un trabajador independiente amparado por el derecho.

Es por esto que la presente investigación pretende proponer soluciones para que los y las trabajadoras sexuales puedan ser considerados trabajadores ante el derecho del trabajo y así poder contar con los beneficios que la legislación chilena otorga, pero también se busca poder reconocer la dignidad a este trabajo y así poder desprendernos de aquellos puntos de vista que lo ven como inmoral, protegiéndolos ante las diferentes clases de vulneraciones que experimentan los distintos grupos de personas que ejercen esta clase de trabajo.

Introducción

El trabajo sexual en la legislación chilena se encuentra en una posición comprometedoramente en relación con la situación en la que están inmersas las personas que se dedican al ejercicio de este, ya que no hay una regulación directa que permita que dichos trabajadores y trabajadoras puedan determinarse como trabajadores y así poder disfrutar los derechos mínimos que la legislación laboral ofrece a quienes sí tienen consagrados esos derechos.

Debemos tener en cuenta el nulo trato que se tiene respecto de la prostitución en la legislación chilena, solamente encontrando disposiciones apartadas unas de otras y no un cuerpo orgánico de disposiciones que traten el tema de manera clara y precisa. Con lo anterior también hay que tener presente que dichas disposiciones no han sido las mismas durante la historia de la legislación chilena, sino que han sido objeto de modificaciones pequeñas que han impulsado un cambio en el tratamiento de esta actividad. Claro ejemplo de lo anterior es lo que ha ocurrido con los Decretos N° 362 del Ministerio de Salud del año 1983 y el N° 206 del Ministerio de Salud del año 2005.

En el primer Decreto se aprobó el “Reglamento sobre Enfermedades de Transmisión Sexual” en donde se trataba especialmente el comercio sexual, señalando en su artículo 12 que “toda persona que, a juicio de Carabineros o del personal competente del Servicio de Salud, ejerza el comercio sexual debe ser llevada a los establecimientos del Servicio de Salud correspondientes para su examen y demás medidas procedentes”, contando incluso con el auxilio de la fuerza pública.

Al ser una norma creada en 1983 se tiene un sesgo moral mucho más conservador del que se puede tener hoy en día, ya que este decreto estableció un párrafo destinado a la educación sexual en donde cataloga al comercio sexual como una patología social y lo compara con comportamientos como la homosexualidad, la violación, el estupro y el incesto.

En cuanto al Decreto N° 206 del Ministerio de Salud del año 2005, que aprobó el Reglamento sobre Infecciones de Transmisión Sexual derogó expresamente y en su totalidad el Decreto Supremo N° 362 del Ministerio de Salud de 1983 en su artículo 19.

Entre ambos hay una diferencia que marca un cambio en la forma de tratar al comercio sexual, ya que aquí no se establece prohibición alguna y se prescinde del auxilio de la fuerza pública, en

cambio, ahora hay una asistencia al control de salud es voluntaria y gratuita, pero esta se encuentra dirigida bajo una visión más estadística y sanitaria que protectora de los derechos de las personas que ejercen esta actividad.

Por lo señalado anteriormente, resulta necesario el análisis de la historia del tratamiento jurídico con respecto al trabajo sexual, el cual debe darse necesariamente para poder comprender cuál ha sido la moral rectora en cuanto al interés jurídico que se le ha dado a esta clase de actividad, es decir, si solamente ha sido para prevenir la propagación de infecciones sexuales, la protección de las personas que ejercen la prostitución, si se intenta acabar con las prácticas abusivas en contra de estas personas, entre otras formas de ver dicho tratamiento.

Se deben cubrir esos espacios en blanco que ha dejado la legislación, ya que hay una extensa discusión sobre cómo se entiende dicho ejercicio bajo la vista de la sociedad que determina lo que es moral e inmoral de acuerdo a los valores impregnados a través de su individualidad y cómo estos deben ser tratados respecto al trabajo sexual. También es importante discutir sobre lo que entendemos como buena moral y costumbre, en el sentido de poder dignificar actividades que quizás planteadas de otra forma puedan ser vistas no como inmoralidades, sino como ejercicios laborales válidos.

Luego de determinados los puntos anteriores, se deben determinar cuáles son los posibles tratamientos que se le daría al trabajo sexual, ya que si bien no se le ha dado un tratamiento jurídico específico, se han creado diferentes puntos de vistas y doctrinas que se han encargado de determinar cuál es la mejor forma de incorporar al trabajo sexual en las legislaciones. Discusiones que son importantes porque representan cada uno de los posibles espectros del tratamiento de esta clase de actividades y que consisten en:

- 1) Prohibicionismo: castiga a la prostitución
- 2) Reglamentarismo: la permite, pero la limita entendiendo que es el mal menor
- 3) Legalismo: permite la prostitución como actividad laboral y pasa a ser reconocida por el derecho como un trabajo

Se debe hacer un estudio de las distintas legislaciones que han materializado en sus distintos cuerpos jurídicos cualquier especie de tratamiento del trabajo sexual, lo cual es importante porque esto nos da una pista de cuál ha sido el avance que ha tenido en sociedades con distintas culturas o distintas formas de ver al trabajo sexual. Hay países que les han dado un mejor

tratamiento a esta clase de actividades que Chile, lo cual ayuda a poder entender y tener pistas de cómo se puede tratar en nuestra legislación.

Finalmente, luego de estipulados los distintos puntos de vista frente al trabajo sexual y al haber hecho un examen de la legislación nacional como internacional, utilizando propuestas en donde se intenta llevar una moral más acertada a los tiempos de hoy, se deben comenzar a discutir los puntos importantes para poder determinar cuál sistema jurídico es el más conveniente para poder aplicarlo a la legislación chilena. Con esto se debe discutir si a esta actividad tiene la posibilidad de tener algún acercamiento respecto de sí puede ser considerado como un trabajo, ya sea dependiente o independiente, ya que esto lo acerca al hecho de poder tener garantías laborales.

Capítulo I: Conceptualización de la prostitución y el trabajo sexual

1) Conceptualización y antecedentes históricos

Comenzamos entendiendo a la prostitución bajo la definición que nos entrega la Real Academia Española, la cual dice que:

Prostitución¹, (del latín prostituó, -ónis). Acción y efecto de prostituir o prostituirse. 2. Actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero.

Si bien esta es una institución que se encarga de definir el concepto, creemos necesario rechazarla en virtud de que solo indica la actividad en sí, pero descarta elementos culturales y sociales que influyen en esta.

Preferimos asociar la definición de la Real Academia Española a la siguiente definición que dice “la prostitución no sería sino la expresión del derecho sexual de cualquier persona a disponer de su propio cuerpo.” (Maqueda, 2017: p. 194). Esta definición resulta del todo relevante debido a que señala a la libertad de quien ejerce la prostitución como la libertad de decidir sobre el cuerpo de este.

Finalmente debemos indicar que hay una multitud de posturas políticas, sociales, religiosas y económicas que se han encargado de dar conceptos de la prostitución a lo largo de la historia. Dichas posturas se insertan en diferentes contextos sociales y culturales, donde estas conciben a la prostitución como una problemática social, una alternativa económica, un delito y vulneración de determinados derechos.

En cuanto a la historia de la prostitución, debemos situarnos bajo la idea de que el origen de esta actividad se pierde en los tiempos remotos, no habiendo indicio de un comienzo preciso en donde se comenzó a ejercer la prostitución. Con lo anterior, sí hay indicios de donde aparece esta, correspondiendo a la llamada prostitución hospitalaria, en donde esta “como símbolo de hospitalidad hacia el extranjero, el jefe de la tribu ponía a disposición de él a sus hijas.” (Rivera, 2017: p. 363.).

Por otra parte, parece que el fenómeno de la prostitución nace al amparo de la propiedad privada y de la concepción de familia monogámica, donde Engels (2006: p. 81.) indica que el matrimonio tiene tres estados dentro de la evolución humana y que estos corresponden a:

- a) Al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos
- b) A la barbarie, el matrimonio sindiásmico
- c) A la civilización, la monogamia con sus complementos, el adulterio y la prostitución

A las prostitutas en la antigüedad se les llamaba "lupa", lo cual significaba "lobas", ya que en las fiestas de febrero en Pompeya que se celebraban en honor al dios Fauno Luperco, estas mantenían relaciones sexuales con los sacerdotes.

Durante la edad media, esta actividad era ejercida en la clandestinidad y usualmente se realizaba en las tabernas. Esto resulta de sumo interés, ya que en esta época histórica ya se tenía un concepto sumamente negativo de la prostitución, tan así que "llamar a una mujer puta o perra son los adjetivos más difamatorios, y por tanto grave, esto ya que muchas veces se demandaba a quien utilizara esta palabra injuriosa en contra de una mujer. Asimismo, el frecuentar los lugares en donde se ejercía la prostitución, como tabernas, mesones, baños públicos, era suficiente justificación en la comunidad, para catalogar a una mujer de prostituta y hacerla blanco de violencia física y verbal." (Figuerola, María, 2010: p. 154).

Avanzando un poco más en la historia, nos encontramos con la situación de Italia, la cual dista de lo que ocurre en la edad media. Aquí las prostitutas son personificadas como mujeres jóvenes hermosas y con un alto nivel de educación, siendo mujeres influyentes y sumamente independientes. Un claro ejemplo de esto es la poeta y cortesana más famosa de aquella época, Verónica Franco, la cual llegó a verse involucrada con el rey Enrique III de Francia.

Al igual que en Italia, Francia replicaba dicha estructura social en las cortesanas. Luego de toda una época de libertinaje que se vivió durante el siglo XVII, viene una época de dura reglamentación en el siglo XVIII y XIX, en donde "El sistema de controles legales y sanitarios de las prostitutas, consecuencia del proyecto ilustrado, lo implantó primero Napoleón en Francia en 1805, y rápidamente esta práctica se extendió al resto de Europa" (Juliano, María, 2002: p. 129.)

Con todo lo anterior, debemos comprender que el fenómeno de la prostitución ha sido uno que ha sido modificado constantemente desde su origen, sufriendo una gran cantidad de tratamientos y aceptación por parte de las respectivas culturas en las que se encuentra inmerso, siendo un fenómeno cambiante dentro de su aceptación y que este no ha sido completamente aceptado o perseguido, sino que se ha adaptado a través del tiempo y modificándose junto con este.

2) Historia de la prostitución en Chile

Cuando hablamos de la reglamentación que ha tenido la prostitución a nivel latinoamericano, nos debemos referir a que “Rosario fue la primera ciudad en Argentina en reglamentar la prostitución en 1874. Buenos Aires lo hizo en 1875, Montevideo en 1886, Santiago de Chile en 1896 y Valparaíso 1898” (Gálvez, Ana Carolina, 2017: p. 92.), por lo que debemos dar como punto de partida a la reglamentación de esta actividad a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En Chile se le atribuye el comienzo de la reglamentación a causas históricas donde la mujer es un individuo migrante que termina ejerciendo la prostitución dentro de su entorno, correspondiendo a la mayor cifra de prostitutas en las ciudades donde estas se encuentran.

Durante los primeros años, más allá del comienzo del siglo XX, el tratamiento que Chile le ha dado a la prostitución sigue la misma línea que hasta el día de hoy se posee. Hubo una gran creación de reglamentos que iban dirigido, o al menos trataba en alguna manera a la prostitución, a una visión desde el punto de vista más sanitario que protector de aquellos y aquellas personas que ejercían la prostitución en aquella época, en donde “este tipo de reglamentos aspiraba a ejercer un control sanitario sobre las prostitutas, quienes eran identificadas en la época como las principales responsables de la difusión de las enfermedades venéreas, dejando al componente masculino del comercio sexual, el cliente, completamente al margen del control salubre.” (Comandini, Ana Carolina, 2018: p. 291.). Aquí se revela la reputación con la que quienes ejercían la prostitución cargaban con un estigma social de ser los principales transmisores de infecciones sexuales que, en aquella época, especialmente en Chile, no se tenía el mismo conocimiento con el cual contamos en la actualidad gracias a la ciencia.

Chile también comienza a tomar influencias de la comunidad internacional, en donde la Liga de las Naciones encarga en el año 1923 a la Comisión consultiva sobre Tráfico de Mujeres y Niñas hacer una investigación con agentes encubiertos en 112 ciudades del mundo con el objetivo de identificar las principales redes de tráfico de personas, pero a lo único que se concluyó fue que las mujeres encontradas eran adultas y viajaban por libre voluntad. Esto es importante, ya que se comienza a separar la idea de prostitución voluntaria y trata de personas, descartando que existieran prostíbulos o establecimientos que facilitaran esta clase de delitos.

Junto con lo anterior, en Chile, el discurso nacional sobre la prostitución “se acogía al discurso internacional sobre el victimismo y la explotación, que equiparaba prostitución con trata de blancas. Sin embargo, el Código Penal chileno del año 1874 señalaba en su artículo N°367 que:

“El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de ciento a cinco mil pesos (Ministerio de Justicia, 1874).” (Comandini, Ana Carolina, 2018: p. 294.).

Para el año 1983 se aprobó el “Reglamento sobre Enfermedades de Transmisión Sexual” el cual trata especialmente el comercio sexual, señalando en su artículo 12 que:

Art. 12.- toda persona que, a juicio de Carabineros o del personal competente del Servicio de Salud, ejerza el comercio sexual debe ser llevada a los establecimientos del Servicio de Salud correspondientes para su examen y demás medidas procedentes.

Este decreto prohibió la existencia de toda forma de publicidad que promoviera el comercio sexual, incluso a quienes arriendan los espacios para poder darle esta finalidad al inmueble, teniendo Carabineros la facultad para poder clausurar estos establecimientos con o sin una orden del Servicio de Salud. Nos encontramos con normas sumamente prohibicionistas, en donde se le encarga un contenido negativo a la prostitución y con esto crece aún más el estigma sobre esta actividad. Si bien este decreto terminó siendo derogado más adelante en el tiempo, las normas referentes a la prostitución y trabajo sexual han sido muy pocas, muy débiles y con caracteres cuestionables en el sentido y el valor que se le da a los trabajadores y trabajadoras sexuales.

3) Violencia de género e interseccionalidad

Es importante comprender que, dentro del ejercicio de la prostitución, la historia de esta y su desarrollo ha habido una clase de violencia ejercida en contra de quienes ejercen esta actividad. ONU mujeres define la violencia de género como “los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas debido a su género, que tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas sociales de género. El término se utiliza principalmente para subrayar el hecho de que las diferencias estructurales de poder basadas en el género colocan a las mujeres y niñas en situación de desigualdad y discriminación en todas las esferas de la vida y de riesgo frente a múltiples formas de violencia. Si bien las mujeres y niñas

sufren violencia de género de manera desproporcionada, los hombres y los niños también pueden ser blanco de ella cuando transgreden las normas de género”¹.

Resulta relevante mantener esta noción durante todo el desarrollo del trabajo debido a que hay comportamientos externos a la libertad de quien ejerce la prostitución que se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad y desventaja para su propio beneficio. La violencia de género en este contexto resulta del todo relevante debido a que no hay una protección a las personas que son vulneradas y, por lo tanto, se puede producir la situación de que el ejercicio de esta actividad contenga múltiples factores que sean influenciados por la sola voluntad de la persona, sino que hay influencias externas que buscan un aprovechamiento dentro de la prostitución como es el caso de los prostíbulos, la prostitución de menores y la prostitución de personas migrantes.

Finalmente, respecto de quienes pueden ejercer la violencia de género, debemos indicar que la violencia de género “no sólo es la llevada a cabo por los varones, sino que puede ser ejercida por la familia (violencia en la pareja, abuso sexual en la infancia, mutilación genital femenina, matrimonios forzados), el Estado (violencia institucional, esterilizaciones forzadas, prohibición del aborto) o la comunidad -o sociedad- (violencia simbólica, acoso callejero, violencia sexual, acoso laboral, explotación sexual, mutilación genital femenina y otras prácticas perjudiciales). Además, esta violencia puede ser verbal, física, económica, psicológica, emocional o sexual, confluyendo en muchas ocasiones varios tipos en una misma forma de violencia” (Médicos del Mundo, 2020: p. 19). Esto lo destacamos, ya que nos da un amplio margen para poder distinguir que esta clase de violencia no solo es ejercida por los hombres, sino que hay un amplio rango de personas e instituciones que pueden influir en esta, casos que se darán más adelante.

En cuanto a la interseccionalidad, debemos hacer un hincapié en la relevancia que esta tiene, debido a que “para analizar las desigualdades entre hombres y mujeres, no es pertinente partir de la idea de que hombres y mujeres constituyen dos grupos sociales homogéneos. Propone analizar las interacciones de distintas dimensiones de desigualdad como el género, la clase y la raza” (Rodríguez, Pilar, 2015: p.124). Con lo anterior debemos tomar en cuenta las distintas particularidades que influyen en cada persona que decide ejercer la prostitución, ya que hay distintas variables en razón de su propia identidad que puede influir en el tratamiento que esta tenga respecto del ordenamiento jurídico y de la sociedad, por lo tanto, no se prescindir jamás

¹ <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>

de las particularidades de cada persona y no se puede deducir que en cada sujeto concurren las mismas variables en cuanto a su identidad.

Capítulo II: Modelos conceptuales que la tratan

1) Moral y ética

En cuanto a los temas referentes a la moral y la ética se debe plantear qué significa esto y realmente las definiciones que se han hecho respecto de estas son variadas, así que podríamos dividir ambas definiciones y señalar primeramente que la ética corresponde, según Zoila Vargas Cordero (2016: p. 96) a la orientación que tiene la conducta de cada persona, sobre qué cosas debe atener sus acciones y cómo debe comportarse respecto a sí mismo, las demás personas y las normas de convivencia de la vida cotidiana, así como en la vida social institucional. La misma autora nos da un acercamiento a lo que debemos entender como moralidad, indicando a través de la siguiente metáfora cómo funcionan los sistemas de moralidad en la actualidad (2016: p. 98):

“la moral es la base, la raíz del árbol, se refiere a los principios que rigen una sociedad; luego viene el tronco que representa los valores aprendidos socialmente deseables, y por lo tanto, aquellos que se transmiten entre generaciones; y las ramas, visualizadas como las actitudes, es decir las conductas éticas que muestran individualmente las personas.”

La metáfora señalada anteriormente nos da una explicación de la integración que existe en los tres estadios señalados, es decir, la raíz, el tronco y las ramas que pasarían a convertirse en la moral, valores y actitudes.

Hay que ser precisos de todas formas, ya que la autora señala que esa raíz o la moral se establece a medida que las personas van desarrollando distintas capacidades como el juicio crítico, la comprensión, el autocontrol y la autorregulación, por lo que debemos entender que la moral es algo que va cambiando eventualmente con la evolución del ser humano a través del paso del tiempo que conlleva cambios en los puntos de vista de estos y sus valores, siendo este moldeado a través de su propia experiencia, sin perder de vista que el factor de la influencia que tiene la sociedad sobre el individuo ayuda a moldear sus valores. Una vez adquiridos estos valores que son esenciales para poder moldear la moralidad del individuo se puede determinar con más claridad cuáles son los valores que dirigen la vida del ser humano, los cuales son aceptados por ella misma como persona individual y luego por su entorno en el que se encuentra inmerso.

Aquí es donde entramos en el punto clave de la primera discusión, en donde debemos determinar la primera postura a la cual nos vamos a anclar respecto del trabajo sexual. Si consideramos que

la prostitución es algo que va en contra de la moral y la ética, esta debiese ser una discusión perdida en donde no nos queda más remedio que optar por los modelos en donde hay una gran limitación a este ejercicio o simplemente prohibirlo sin ninguna posibilidad legal de permitir su realización, teniendo como consecuencia que no sea considerado como un trabajo amparado por las leyes del código del trabajo. En cambio, si consideramos el punto donde el ejercicio de la prostitución puede ser considerado como algo moral y ético, en donde se superan las concepciones clásicas y los valores arraigados histórica y conservadoramente, nos podemos encontrar con modelos regulatorios que permitan el ejercicio de esta como trabajo sexual de manera total o parcial, con la posibilidad de ser considerado como un trabajo que permita a quienes ejerzan esta actividad como un trabajo amparado bajo los derechos y deberes impuestos por el Código del Trabajo.

Aquí hay un punto que es completamente válido, el cual considera que, independiente de las concepciones morales y éticas, hay un elemento de cambio que nos permite poder avanzar en nuestro siguiente tema, ya que en los temas relativos a la moral y la ética no hay tradiciones filosóficas o etimológicas que nos impongan una manera determinada de entender dichos términos –la moral y la ética-, sino que se trata de una distinción que ha cambiado según el uso que se ha dado (Ortiz, 2016: p. 137), por lo que debiésemos entender que moral o inmoral es una concepción variable que depende de las comunidades y los individuos en los que se encuentran inmersos, pero para eso también es importante poder señalar la historia por la cual ha sido objeto la prostitución.

2) Distintos sistemas jurídicos que tratan la prostitución y sus ejemplos internacionales

Luego de determinada la discusión sobre moral y ética indicada anteriormente, debemos pasar a los distintos sistemas de regulación legal por los que puede pasar el ejercicio de la prostitución, los cuales son de clave discusión para determinar qué forma de tratamiento jurídico se le daría al ejercicio de esta.

2.1 Prohibicionismo

El modelo prohibicionista es aquel que resulta en la aplicación de sanciones ante el ejercicio de la prostitución, es decir, expresamente se estaría prohibiendo la actividad y sancionando a

quienes ejercen la prostitución, pareciendo este un modelo objetivo donde solo importa la actividad realizada.

Los modelos prohibicionistas tienen distintas formas de operar, es decir, la aplicación de esta puede variar respecto de cuál es el sujeto al que se está sancionando al realizar la actividad determinada. Los modelos de aplicación jurídica prohibicionista de la prostitución tienden a variar en dos corrientes (Aguilar, 2020: p. 76):

- a) Prohibición de la prostitución con sanciones para todas las partes implicadas en la relación contractual
- b) Prohibición en la que se sanciona al demandante y al proxeneta, pero no a la parte oferente.

En el prohibicionismo, derechamente nos encontramos con una actividad delictiva que debe ser perseguida por el Estado para su erradicación, de manera que es éste quien debe de intervenir directamente evitando su ejercicio mediante el castigo, al atentar contra la moral pública (Molina, 2018: p. 133). Aquí se nos presenta la figura del Estado como garante de la protección de la moral que se ve atentada debido al ejercicio de la prostitución, pudiendo ser legítimo el uso de la coacción estatal para erradicar dicha actividad.

También hay que ser precisos en destacar que existe cierta confusión terminológica que lleva a confundir, en algunas ocasiones, el abolicionismo con el prohibicionismo (Aguilar, 2020: p. 76), el cual no es materia nuestra, ya que estamos suponiendo que el ejercicio de la prostitución va a seguir persistiendo incluso cuando los sistemas jurídicos intenten erradicarlos, eso ya ha pasado en la historia de las sociedades. De todas formas, haremos la contextualización del modelo abolicionista para entregar un punto de partida dentro de este y postulando que “la prostitución no puede ser considerada trabajo y que legalizarla no protege a las mujeres que ejercen la prostitución” (Daich, 2012: p. 74), dando a entender que la única forma por la cual se soluciona este problema es a través de la abolición de esta actividad en todas sus formas. “El abolicionismo plantea romper la frontera simbólica que hace que fuera de los espacios de prostitución nombremos como violencia sexual aquellas conductas masculinas que, sin embargo, dentro de los espacios de prostitución se consideran «normales» porque hay un intercambio económico que convierte al agresor sexual en «consumidor de servicios sexuales».” (Ranea-Triviño, 2021: p.93), por lo tanto, esta posición se centra en la violencia de género sufrida por la mujer, se

desprende de la idea de la libertad de esta sobre su cuerpo y, como se indicó anteriormente, la forma o solución para poder erradicar dichas problemáticas es a través de la abolición de cualquier forma de prostitución.

Lo anterior es claramente diferenciable frente al prohibicionismo cuando comenzamos a analizar los principios que inspiran tanto al prohibicionismo como el abolicionismo. El prohibicionismo tiene un claro carácter punitivo que se caracteriza por centrarse en quien ejerce la actividad sexual como sujeto delictuoso, mientras que el abolicionismo mira a la prostituta o prostituto como aquel sujeto que se ve vulnerado ante la violencia machista que le obliga a ejercer esta actividad.

Aquí hay autores que han criticado esta postura de aplicación jurídica, en donde han ido determinando que el prohibicionismo criminaliza a la prostituta que ejerce esta actividad y al proxeneta (no al cliente), por entender que realizan actividades que resultan sumamente inmorales. Indican que “dicha perspectiva ni siquiera cuenta con un mínimo alcance político ya que proviene de una concepción moralista del derecho, como forma, no de asegurar un orden comunitario aceptable, sino de tipificar los distintos regímenes de subjetividad” (Castellanos, 2008: p. 192).

Dicha variante jurídica ha sido tratada en diversos cuerpos jurídicos que se ha comentado en la doctrina internacional y varios países destacan debido a su tratamiento prohibicionista que ha perdurado a lo largo del tiempo o que en algún momento de la historia legislativa se mantuvo vigente. Algunos de los ejemplos más claros son:

1) Irlanda

Irlanda es el único país de la Unión Europea que criminaliza a la prostituta siguiendo de alguna manera este modelo prohibicionista. Determinando que al menos a nivel europeo se ha empezado a reemplazar este sistema jurídico que trata a la prostitución como algo inmoral que debe ser perseguido y se ha optado por configurar sistemas jurídicos en donde se utilizan mecanismos menos agresivos que este.

2) Colombia

En cuanto a países latinoamericanos, el sistema legislativo colombiano estuvo impregnado por los tres enfoques (prohibicionista, abolicionista y reglamentarista), predominando alguno en

ciertos momentos, para desembocar finalmente en algo que se ha denominado “reglamentarismo caótico” (Pachajoa y Figueroa, 2008: p. 59).

La historia de la legislación que ha experimentado Colombia da testimonio de que se ha experimentado con todos estos sistemas que fueron mencionados anteriormente, especialmente el prohibicionismo. Este cambio de paradigma ha sido impulsado por todas las dificultades que derivan de la oferta de la prostitución, las cuales terminaron por presionar a una modificación legislativa dirigida a la instauración de reglamentos que tenían como fin último la higiene y la salud.

Las doctrinas abolicionistas fueron incorporadas lentamente a la legislación y al discurso de los legisladores, y cuando ejerció su predominio la principal consecuencia práctica fue la supresión de la reglamentación y la falta de asistencia sanitaria a las mujeres que resultaban enfermas.

3) España

En la legislación española ha ocurrido lo contrario del caso colombiano, en donde se dirige más a eliminar o difuminar el dominio del prohibicionismo con respecto a la prostitución, en donde el legislador ha optado por establecer una figura de prohibicionismo “soft” o prohibicionismo suave, en donde Carolina Villacampa indica con respecto a esta modificación del sistema como uno que “no ha ofrecido una solución satisfactoria a la situación de la prostitución en España. Igual que las referidas ordenanzas, focaliza su atención en la prostitución callejera, que pretende invisibilizar, pero sin conseguirlo, pues no se ha evidenciado su eficiencia en la disminución de oferta de servicios sexuales en la vía pública” (2020: p. 126).

La legislación española se ha articulado de diferentes maneras, en donde predomina la importancia de las distintas ordenanzas cívicas dirigidas a establecer determinadas conductas éticas en donde está incluido el ejercicio de la prostitución. Un ejemplo de esto ocurre durante el año 2005 cuando el Ayuntamiento de Barcelona aprobó la “Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia en el Espacio Público”, donde dicho instrumento estipula que se prohíbe y sanciona económicamente el ofrecimiento, negociación y demanda de servicios sexuales retribuidos en el espacio público (Arce y Bodelón, 2018, p. 72).

Después por medio de la Ley Mordaza, se ha conseguido incidir únicamente en el trabajo sexual callejero haciendo más complejas e inseguras las condiciones ambientales de su ejercicio, no

aportando mucho contenido a la discusión de esta actividad más que el mero carácter punitivo de la ley (Villacampa, 2020, p. 126).

4) Suecia

El caso de Suecia es particularmente llamativo, ya que aquí no conciben la relación existente como un intercambio voluntario de sexo por dinero entre adultos que son conscientes, sino que lo tratan como una actividad que debe ser castigada por los siguientes motivos:

- I. genera un grave daño a quien la ejerce
- II. genera un grave daño a terceros.

Aquí ambos argumentos tienen un respaldo valórico determinado por la moral vigente en dicha sociedad, en donde la prostitución genera un daño en quien ejerce dicha actividad donde se basa en la idea de que nadie de manera libre y voluntaria se dedicaría a vender su cuerpo y que este es un acto realizado mediante coacción. También consideran al ejercicio de la prostitución como una actividad que genera daños a terceros (Aguilar, 2020: p. 77).

2.2 Reglamentarismo

El reglamentarismo es quizás una de las más antiguas respuestas frente a la prostitución, aunque su auge se produjo en la segunda mitad del siglo XIX. La idea que motiva al reglamentarismo es que la prostitución es inmoral, dañina e indeseada, sin embargo, un mal necesario o al menos imposible de erradicar. Frente a esto, resulta indispensable regular diferentes aspectos de la misma con la finalidad de poder limitar la actividad.

La característica que prima en esta figura jurídica es la del control que no tiene otro fin que la protección del cliente y de la sociedad frente a la prostituta, que es percibida como una amenaza. Uno de los principales objetivos de este modelo es la regulación sanitaria, a través de cartillas en donde consta el estado de salud de quienes ejercen el meretricio, siendo Chile uno de los países que promovió esta normativa en su Código Sanitario del año 1968.

Se promueve el control, principalmente a través de un examen médico periódico, para así evitar el contagio de enfermedades venéreas. Quienes son portadoras de aquellas, frecuentemente son obligadas a realizar tratamientos y a cesar el ejercicio de su oficio. El control está exclusivamente radicado en quien ejerce la prostitución, olvidando por completo a los clientes, quienes son los que eventualmente las contagian.

Otro de los objetivos de este modelo es la vigilancia policial. Solamente se permite el ejercicio de esta actividad en lugares delimitados y cumpliendo ciertos requisitos. Fuera de estos supuestos, las prostitutas son fuertemente perseguidas por la fuerza pública. A todo esto, se suma el control moral, ya que la prostitución es vista como fuente de desorden social e indecencia, considerada un mal ejemplo para las mujeres honorables y la institución familiar, razón en común con el prohibicionismo que presenta un contenido moral que moldea la aplicación de esta. Con todo esto se las forzaba a aceptar su estatus de “mujeres públicas” y se terminaba con sus relaciones de vecindad y apoyo, resultando ellas aisladas.

Este sistema resulta sumamente desventajoso para la prostituta, en donde se presentan los siguientes efectos (Cabrera, 2019: p. 102):

- I. No se le brinda ninguna clase de protección frente a la arbitrariedad policial y la condena a la precarización laboral
- II. Otorga cierta cobertura legal al proxenetismo y la rufianería
- III. Además de hacerlas únicas responsables del contagio de enfermedades venéreas, ignorando la participación del cliente, el control sanitario no ha servido en ninguna época ni en ningún país para reducir los estragos causados por las enfermedades venéreas.

Hay fundamentos que se presentan en el reglamentarismo, el cual contiene dos aspectos indispensables (Molina, 2018: p. 137):

- I. Protege la salud pública, por el riesgo que implica la transmisión de enfermedades, para lo que somete a las prostitutas a controles rigurosos
- II. Se requiere salvaguardar la seguridad ciudadana, el orden público y la moral social, regulando la localización de los locales y reservándoles un perímetro.

Deborah Daich ha dicho que la aplicación del modelo de reglamentación permitió distinguir entre “mujeres públicas” registradas, sometidas a un control sanitario periódico y obligadas a cumplir con ciertas pautas de vida y población femenina en general, reservando y naturalizando para esta última las tareas de procreación, crianza de los hijos y cuidado del hogar (2012: p. 75). El sistema reglamentarista, valiéndose de una serie de ordenanzas y de las arbitrariedades resultantes de los conflictos entre competencias institucionales varias, no logró controlar las enfermedades venéreas ni la prostitución clandestina.

La misma autora señala que en el modelo reglamentarista califica a la prostitución como un “mal necesario” que se regula para evitar efectos negativos como la difusión de enfermedades venéreas y los perjuicios que provoca la prostitución en los espacios públicos.

En cuanto a la utilización de este modelo los siguientes países han sido ejemplos de la utilización del modelo:

1) Países bajos:

Los países bajos han adquirido un modelo reglado para tratar con la prostitución, pero se ha indicado que el modelo reglamentarista de los Países Bajos fracasa en su intento de reducir los efectos negativos de la actividad. No solo no ha disminuido el número de prostitutas e incluso la prostitución forzada ha supuesto una precarización de las prostitutas que se encuentran en situaciones más vulnerables. Un gran número de las mujeres que ejercen la prostitución en este país son extranjeras ilegales, por lo que la regularización del ejercicio de su profesión ha duplicado su ilegalidad (Aguilar, 2020: p. 80).

Todo esto es importante en materia de derechos humanos, ya que esta situación de ilegalidad ha hecho que estas mujeres sean forzadas a trabajar en mercados negros, más opacos, no regulados y controlados por mafias organizadas (Aguilar, 2020: p. 80).

2) Argentina:

El caso de Argentina es un claro ejemplo del sistema reglado, producido durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX. Durante la época señalada, el país logro incorporarse de forma establecida al mercado internacional como exportadora de productos agropecuarios, lo cual llevó al país a experimentar una diversa y profunda cantidad de transformaciones (Orsi, 2018: p. 4).

Desde el aspecto social, el aumento demográfico y el desigual desarrollo urbano, los cuales son producto de una notable inmigración, produjo una serie de problemas que preocuparon a los representantes del Estado que aún no se encontraban consolidados económicamente durante el periodo del siglo XIX y XX. Las distintas carencias sociales llevaron a que se produjera una importante cantidad de conflictos sociales y, por ello, el Estado en conjunto con influencias tradicionales como la Iglesia Católica se intenta establecer un orden específico para partir con

un sistema patriarcal de modelo familiar. Una de estas nuevas regulaciones sería la reglamentación de la prostitución femenina, el cual ejercía un rol importante.

Argentina ha realizado grandes cambios a su sistema jurídico respecto al trato de la prostitución, en donde se puede resumir en que entre 2008 y 2015 se ponen en marcha políticas regulatorias que van en desmedro de los derechos de las trabajadoras sexuales. Entre las más significativas: el cierre generalizado de prostíbulos a nivel nacional, la prohibición en 2011 de la publicación de avisos de oferta de sexo comercial en prensa gráfica y las campañas contra la oferta de sexo comercial en la vía pública a través de volantes promocionales (Justo Von Lurzer, 2019: p. 44).

Si bien actualmente en Argentina ha llevado su discusión a extremos más afines con posturas como el prohibicionismo y al abolicionismo, es importante remarcar que este país fue un claro ejemplo del uso de la reglamentación para poder tratar a la prostitución, así limitándola, pero no eliminándola totalmente.

2.3 Legalización

La Legalización, o también llamado modelo laboral, es un sistema de orígenes recientes, especialmente nacido en la década de los ochenta y los noventa, el cual surgió cuando las organizaciones de prostitutas empezaron a alzar su voz, reclamando el reconocimiento de derechos laborales y propios de la seguridad social, rechazando los controles sanitarios que imponía el reglamentarismo

Uno de los principales argumentos para la legalización de la prostitución hace referencia al valor de la libertad y de la autonomía sexual de las mujeres que entregan su consentimiento en el ejercicio de la prostitución. Para las personas que defienden esta posición indican que la libertad de las mujeres se vería afectada si se intenta limitar o prohibir dicha actividad (Aguayo y Calderón, 2020: p. 12). Con esto nos encontramos con lo que se ha discutido anteriormente, lo cual dice relación con la evolución que tiene el pensamiento humano con el pasar del tiempo, experimentando un cambio profundo en la forma que se tiene de pensar e incluso con la forma en la que distintos individuos organizados se comportan en relación a la situación en la que se encuentran, es decir, organizaciones de prostitutas que buscan adquirir reconocimiento legal de su profesión.

Este modelo jurídico a pesar de tomar mucha fuerza en los últimos años también ha sido criticado por quienes están en contra de despenalizar la prostitución, los cuales argumentan que

su legalización sólo beneficiaría a los proxenetas y al negocio del sexo; que promovería el tráfico sexual y aumentaría la prostitución clandestina, incentivando un entorno social más permisible y de mayor aceptabilidad. Aquí se debe tener en mente la existencia del feminismo abolicionista que ha planteado que dicha actividad trata a la mujer como un objeto comercial y no como una persona, causando una vulneración de derechos fundamentales a esta.

Por el contrario de los argumentos anteriores en contra, los que están a favor de legalizarla, consideran que esos argumentos son falsos, que se prohibiría la existencia de proxenetas, sometiendo su práctica a la legislación laboral y a la correspondiente imposición fiscal; y que se alcanzarían algunos valores como el control, la regularización, la libre elección de las prostitutas o el cuidado de la salud pública (Pérez, 2011: p. 9). Con esto se pone en conflicto dos puntos de vista que ponen en el frente de sus discursos a dos formas de poder concebir a la prostitución en la actualidad, es decir, la libertad de elección y la regularización por una parte y la vulneración de derechos fundamentales de las personas que se dedican a dicha actividad.

Finalmente, el objetivo de los y las defensoras de esta posición es el reconocimiento de un contrato entre quien provee los servicios sexuales y quien los solicita, lo que implica la erradicación de cualquier ley que pretenda criminalizar dicho intercambio. En este sentido, cabe destacar que los y las autoras contractualistas abogan por una reforma al estado actual en el que se encuentra el ejercicio de la prostitución, defendiendo la idea de que en la relación que se produce entre quien ejerce el trabajo sexual y quien requiere crea un lazo que puede ser comprendido desde el derecho civil en la forma de una relación contractual.

El intercambio de sexo por dinero debería reformarse en miras de la construcción de un modelo de prostitución sana, lo que en primer lugar implicaría dejar de lado nuestro legado cultural puritano. Se debe contar con al menos las siguientes características (Aguayo y Calderón, 2020: p. 13):

- I. Despenalización de la práctica y, por tanto, entrega de derechos laborales a la prostituta
- II. Eliminación de la prostitución infantil
- III. Libre elección de la actividad
- IV. Disponibilidad equitativa para ambos sexos
- V. Desarrollo en un ambiente social liberado de estigmas y prejuicios

Con lo anterior, se dispone que dicho régimen jurídico se encarga no solo de la priorización de la libertad de elección de las personas que realizan esta actividad, sino que también prioriza la idea de que se deben hacer reformas de carácter proteccionista y regulador frente a las situaciones que se confunden con el trabajo sexual a través de la despenalización y el quiebre del estigma social que trae consigo históricamente la prostitución. Incluso podemos indicar que a partir de la libre elección de las personas que ejercen la prostitución se puede prescindir del trabajo subordinado a otra persona, es decir, no es necesario que haya un empleador para que los y las trabajadoras puedan ejercer esa actividad, tema que se desarrollará más adelante en cuanto al tratamiento de los trabajadores y trabajadoras independientes.

Capítulo III: El derecho del trabajo y su aplicación

1) El principio protector ¿Aplicable al trabajo sexual?

Debemos empezar indicando la importancia de los principios que dirigen al derecho del trabajo, haciendo un especial énfasis en el principio protector. Este principio “también es conocido como principio tuitivo, proteccionista o de favor y se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. Esta carencia de libertad -por la necesidad de trabajar- es la causa inmediata de la desigualdad de los empleados y explica la protección del derecho del trabajo” (Gamonal, Sergio, 2013: p. 427.). Con este principio damos cuenta de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador respecto de su contraparte, es decir, del empleador.

Hay que considerar el origen del derecho del trabajo, ya que este “surge para proteger al trabajador. Esa protección, por la realidad social en que nace, fue más intensa en sus inicios. Con motivo del avance en las condiciones de trabajo la necesidad de protección se ha visto atenuada. La existencia de una avanzada legislación laboral, la actividad sindical y los importantes niveles de protección que en la actualidad otorga el derecho -por la vía judicial y administrativa- se unen a la mayor conciencia de las empresas sobre dignidad de sus trabajadores” (Munita, Enrique, 2014: p. 85). Con esto debemos unir tanto el origen del derecho del trabajo con el principio protector, ya que aquí nos encontramos en un punto donde estos se unen en la necesidad de protección al trabajador, considerando que el principio protector es causa directa del nacimiento del derecho del trabajo.

En cuanto al contenido que posee este principio, se ha señalado que “la actividad protectora del derecho del trabajo, con todo, no se circunscribe únicamente a la protección de los derechos fundamentales propiamente tales, específicos y no específicos, de los trabajadores. Su esencia protectora también está basada en los principios fundantes de la rama” (Arellano y Benfeld, 2017: p. 9.), por lo tanto, debemos entender que no solamente esto está dirigido a la protección de los derechos fundamentales específicos y no específicos que poseen los trabajadores, sino que también se encarga de la protección de los principios fundantes de la rama del derecho laboral, siendo estas (Plá Rodríguez, 2015: p. 53):

- a) Principio protector, del cual se pueden concretar tres ideas: in dubio pro-operario; regla de la aplicación de la norma más favorable; y regla de la condición más beneficiosa.

- b) Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.
- c) Principio de la continuidad de la relación laboral.
- d) Principio de la primacía de la realidad.
- e) Principio de la razonabilidad.
- f) Principio de la buena fe

Con todo lo anterior debemos responder si este principio es aplicable al trabajo sexual. Si bien aquí hay claramente una situación de desventaja frente a un empleador, consideramos que este principio es perfectamente aplicable a estos casos debido a que, ante la dignificación de la prostitución y su reconocimiento como trabajo, debiese haber una protección frente a las injusticias y posibles vulneraciones que los trabajadores y trabajadoras puedan enfrentar en el ejercicio de esta. También resulta importante señalar que al aplicar dicho principio se está aplicando una protección a estos, usando los mismos criterios por los cuales un trabajador reconocido como tal disfruta.

2) El trabajo como acto dependiente e independiente

Para efectos de poder identificar y centrar la discusión del trabajo sexual dentro del Código del Trabajo y su protección, debemos comenzar a vislumbrar una de las diferencias más grandes que hace nuestro código respecto de las formas que puede adoptar el trabajo, es decir, que el trabajo sea un acto dependiente o independiente.

El primer alcance que haremos respecto de esta clase de diferenciación entre el trabajo dependiente e independiente es de naturaleza legal, ya que nuestro Código del Trabajo se encarga de esta diferenciación en su articulado, el cual dispone:

Art. 3.o Para todos los efectos legales se entiende por:

- a. empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,
- b. trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y
- c. trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

Aquí ya tenemos una primera diferencia, la cual tiene su base en las disposiciones del código, en donde el trabajador dependiente es aquel que presta sus servicios bajo dependencia y subordinación por un contrato de trabajo, lo cual no aparece en los trabajadores independientes, ya que estos no dependen de un empleador, por lo que no hay una relación de dependencia y subordinación respecto de un tercero y un contrato de trabajo.

De acuerdo al cuaderno de investigación N°14 del año 2001 de la Dirección del Trabajo, se indica que el contrato define la forma dependiente o independiente de la relación laboral, en tanto la organización define el grado de subordinación o autonomía de la misma. El asalariado clásico se sitúa en la dependencia y en la subordinación, en tanto su opuesto, el trabajador independiente, se sitúa en la independencia y en la autonomía.

Ya realizada una breve diferencia entre ambas figuras, inclinamos la discusión a determinar el alcance y el sentido que tiene la independencia como forma de trabajo. El trabajo autónomo desde la perspectiva del derecho del trabajo “ha de definirse de modo negativo: trabajo autónomo es el que no se presta en condiciones de ajenidad y dependencia, sino de modo independiente y por cuenta propia. Se trata, pues, de la antítesis del trabajo típico objeto de regulación por el Derecho del Trabajo” (Montoya, Alfredo, 2005: p. 26).

Hay una gran diferencia entre el trabajo independiente y el dependiente, ya que las diferencias se refieren a las relaciones que se establecen con otros individuos en el proceso de producción en el que el trabajador determinado se encuentra inmerso. La diferenciación es si este trabajador realiza sus labores por cuenta propia o ajena y esto es importante porque determina el sistema de protección laboral que este va a tener y gozar.

Dentro de la relación laboral dependiente nos encontramos con características esenciales de ese trabajo y el “el trabajo autónomo carece de las dos notas con las que tradicionalmente se califica al trabajo regulado por el Derecho del Trabajo: la dependencia jurídica, en virtud de la cual el trabajador asalariado se inserta en el ámbito de dirección y organización de una empresa de la que no es titular, y la ajenidad, en virtud de la cual la utilidad patrimonial del trabajo aprovecha ab initio a un tercero —el empresario— distinto del trabajador. Así pues, el trabajador autónomo actúa por cuenta propia y sin insertarse en una organización productiva ajena” (Montoya, Alfredo, 2005: p. 26.).

Finalmente, nos encargamos de determinar la protección otorgada que hay en razón del trabajo dependiente e independiente. Refiriéndonos a la protección de salud como la previsión para la vejez y los derechos amparados por el derecho laboral que corre por cuenta ajena, es decir, el empleador en el caso de los trabajadores dependientes. En el caso de los trabajadores independientes, debemos realizar el distingo de que hasta el año 2017 había una exención para el pago de cotizaciones cuando estos trabajadores independientes trabajaban a honorarios, cosa que desde el año 2018 dejó de ser así y estos deben cotizar sí o sí. Estos trabajadores son:

- Trabajadores que perciban honorarios por actividades independientes
- Trabajadores que perciban rentas por Boletas de Honorarios
- Trabajadores que perciban rentas por Boletas de Prestación de Servicios de Terceros
- Trabajadores que perciban rentas por Participaciones de Sociedad de Profesionales

Lo anterior nos da un punto de partida a una idea que será desarrollada más adelante que trata sobre la compatibilidad de la protección de las y los trabajadores sexuales sin necesidad que haya subordinación ni dependencia por parte de un empleador.

2.1 ¿Cuál es la forma que más se adapta a la prostitución?

Con el punto anterior debemos hacernos una imagen sobre cuál de las dos figuras de trabajo se adapta más a la prostitución y el trabajo sexual. Debemos entender que esta actividad ha ido cambiando a través del tiempo, en donde la cultura, la ética y la moral han tenido una gran influencia en la forma en que la sociedad la ha tratado, siendo venerada en algunos puntos de la historia y castigada en otros momentos donde la sociedad cambió su punto de vista respecto a esta, por lo que debemos hacer un primer alcance debido a que actualmente la prostitución es vista como algo inmoral que va en contra de las buenas costumbres y la ética, sin perjuicio de que en las últimas décadas han surgido movimientos sociales que tienen como objetivo reivindicar la prostitución y el trabajo sexual bajo las figuras legales que hemos analizado anteriormente.

Aquí analizamos la relación que debe haber entre el empleador y el trabajador que ejerce el trabajo sexual, siendo el empleador quien establece la disciplina laboral, utilizando estrategias para poder conseguir una unificación u homogeneidad dentro del local donde estas trabajan. Es difícil concebir que existan relaciones laborales contractuales dentro de la prostitución, ya que se

prohíbe prestar espacios para poder ejercerla y sobre la casi nula regulación legal que esta tiene en nuestro país.

Creemos que la situación de dependencia económica y subordinación es complicada de existir en estos casos, ya que en la realidad no se encuentran los espacios disponibles para poder ejercer contratos de este tipo, pero también porque subordinar la sexualidad de los y las trabajadoras sexuales resulta en una suerte de violencia patriarcal donde la autonomía de la que hemos hablado anteriormente pasa a un segundo plano y los intereses del empleador pueden llegar a eclipsar dicha voluntad de los y las trabajadoras sexuales. Nos referimos a que el interés del empleador solo monopoliza la sexualidad de quienes ejercen esta actividad.

Junto a lo que se indica en el párrafo anterior, debemos señalar la posibilidad de reconocer una compatibilidad respecto de la protección del derecho del trabajo a trabajadores y trabajadoras sexuales sin necesidad de que exista una relación de dependencia y subordinación. Al analizar lo anteriormente señalado, nos da un pie para poder determinar que al momento que el trabajador independiente se le reconoce la obligación de cotizar bajo las premisas como los honorarios por su trabajo independiente, nos podemos desprender de la idea de que estos deben reconocer una relación de subordinación e independencia para poder acceder a los beneficios laborales que la ley chilena otorga a los trabajadores. También resulta importante volver a reconocer que este trabajo cuenta con un sistema de violencia patriarcal respecto de quien detenta el poder en esta relación, es decir, el empleador que puede contratar a aquellos que ejercen el trabajo sexual, por lo que considerar la independencia y la protección laboral como compatibles podría resultar en un beneficio para el y la trabajadora que se encuentra en una situación de violencia patriarcal respecto de su empleador y así poder ejercer este de manera independiente su trabajo sin perder beneficios que son indispensables para este. Incluso se podría pensar que la protección de los trabajadores y trabajadoras sexuales debiese tener un tratamiento especial, debido a que al otorgar un poder económico y de subordinación a un empleador que puede ejercer violencia patriarcal y machista frente a trabajadores que se ven usualmente vulnerados podría resultar en un tipo de violencia hacia ellos que sí requiera una protección o una fiscalización más minuciosa con el fin de repeler y evitar la vulneración de derechos por parte de un empleador, es decir, otorgar al Estado un rol de garante de derechos a los trabajadores sexuales ante la posibilidad de que a quienes ejercen el trabajo sexual no se les vulneren derechos fundamentales y esto no debiese ser un asunto muy controvertido, ya que nuestra legislación ya cuenta con modelos de

protección frente a distintas vulneraciones como lo puede ser la protección ante el acoso sexual en el trabajo o la ley 20.609.

También un factor importante a analizar, el cual será visto más adelante, se refiere a las prohibiciones legales referentes a los espacios utilizados para poder ejercer la prostitución. En Chile se prohíbe expresamente prestar espacios para que se ejerza la prostitución a menores de edad y a personas migrantes, lo cual resulta sumamente problemático debido a que es algo común que quienes ejercen esta actividad la hagan debido a problemas de carácter económicos y sociales, por lo que esta clase de situaciones se puede dar y requeriría un nivel de control aún mayor sobre esta clase de establecimientos, pudiendo vulnerar los derechos de quienes ejercen la prostitución.

Aquí debemos extender la idea debido que debemos reconocer el tratamiento especial respecto a los menores de edad y personas migrantes, debido a que los factores que aparecen dentro de los sistemas de violencia que afectan a estos dos grupos son diferentes entre sí y deben ser considerados al momento de reconocer a estos como sujetos de derechos y de protección. En cuanto a los menores de edad debemos tener en cuenta toda la normativa respecto a la protección de la niñez y el interés superior de niños y niñas, lo cual puede ser incluido dentro de las personas migrantes cuando estos son menores de edad. Debemos recalcar el importante factor que es la capacidad dentro del ejercicio de la prostitución, en donde diferenciamos la capacidad de goce que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, y que es consustancial a ser persona; y la capacidad de ejercicio, que consiste en la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil. Definitivamente debemos inclinarnos por la capacidad de ejercicio que debe tener una persona para poder ejercer el trabajo sexual debido a que esta es la aptitud necesaria para poder tomar la decisión de ejercer esta actividad, haciendo alusión y dándole una gran importancia a la madurez que debe tener quien ejerce esta y el conocimiento sobre su propio cuerpo.

Las personas migrantes deben ser reconocidas en sus derechos como personas migrantes y la dignidad que estas poseen por ser seres humanos y los distintos marcos normativos que Chile posee respecto de estos, lo cual puede ser vulnerado debido al actual panorama político en que se encuentran inmersos estas personas y los problemas que tiene este grupo de manera particular, por lo que suponer que todos estos debiesen tener el mismo marco de protección resulta irresponsable debido a que no se consideran las situaciones particulares y los entornos en los que estos se encuentran insertados. Esta idea le da aún más profundidad a la protección del

trabajo sexual, ya que aquí se reconoce que hay situaciones que acarrearán una vulneración de derechos fundamentales que deben ser protegidos por nuestra legislación y que escapan de la simple elección que tiene el trabajador sobre su cuerpo, ya que pueden operar factores externos a la voluntad de este y, por lo tanto, se requiere una intervención especial para poder proteger a estos grupos de personas.

Finalmente, el trabajo sexual calza de mejor manera respecto al trabajo independiente, donde quienes ejercen esta actividad pueden hacer valer su voluntad sin presión de agentes externos como puede ser un empleador que requiere de su trabajo y puede exigirlo frente a la existencia del contrato de trabajo. Al ser un trabajo independiente, quienes ejercen el trabajo sexual pueden ejercerlo a través de sus propios términos y condiciones, priorizando su comodidad física, psicológica y sexual y así otorgándoles libertades basadas en sus necesidades, valores, principios y comodidades que pueden verse vulneradas ante la obligación de un superior jerárquico que disponga los trabajadores bajo su dependencia.

3) El trabajo sexual en la legislación chilena

Debemos comenzar señalando derechamente, lo que se ha ido señalando a lo largo de todo este trabajo, que Chile posee una regulación mínima respecto a la prostitución y el trabajo sexual, en donde podemos indicar que se le ha dado una regulación legal inclinada a apalea las consecuencias sanitarias que acarrea el ejercicio de la prostitución antes que plantear un modelo de protección.

Se puede entender que en Chile no se permiten los prostíbulos, la cual se encuentra previsto en el Código Penal que dispone:

Art. 373.- Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Este artículo se encarga de tipificar el delito de ofensa al pudor y a las buenas costumbres, donde este "podría ser aplicado a las personas que ejercen el comercio sexual callejero y en casas de tolerancia". (Rivera, José, 2017: p. 379). Con esto nos damos cuenta de que Chile, al menos en un principio, está tomando una posición prohibicionista respecto de esta actividad, convirtiéndola o al menos propiciando la clandestinidad de esta.

También nos encontramos con una regulación respecto a la facilitación de espacios tanto para menores de edad como para personas migrantes. El art. 367 del Código Penal dispone:

Art. 367.- El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales.

De esta norma desprendemos que hay una protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentra consagrada en nuestros distintos ordenamientos jurídicos y tratados internacionales, por lo que esta sí es una disposición protectora de la niñez.

En cuanto al segundo artículo señalado, el cual hace referencia a las personas migrantes, el art. 367 bis del Código Penal antes de ser derogado indicaba:

Art. 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

No obstante, se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior en los siguientes casos:

- 1.- Si la víctima es menor de edad.
- 2.- Si se ejerce violencia o intimidación.
- 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
- 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima.
- 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
- 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente.

Dicho artículo fue derogado por la ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Al derogar el art. 367 bis del Código Penal, se agrega de la misma manera el art. 411 quáter del mismo código, disponiendo:

Art. 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la

concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.

Con esta modificación tenemos una prohibición expresa y con sanciones determinadas para esta clase de delitos, que son un aprovechamiento de la desventaja que sufren las personas migrantes en nuestro país, lo que resulta importante porque esta se encuentra inserta en una ley que trata este delicado asunto de una manera armónica, modificando nuestro Código Penal

En cuanto al tratamiento del Código Penal en general, nos inclinamos a decir que mientras no se trata de prostitución infantil o de migrantes, esta actividad no es vista como algo ilícito frente al derecho al no estar expresamente tipificada. Por lo tanto, debemos indicar que el Código Penal se encarga de tipificar los siguientes delitos:

- a) la obtención de servicios sexuales de personas mayores de 14 años y menores de 18 años de edad en el artículo 367 ter.
- b) el delito de distribución de material pornográfico en que se simule o practiquen actos sexuales con personas menores de 18 años de edad en el artículo 366 quinquies.

En conclusión, respecto a este apartado, “en los anteriores delitos no existe libertad de las víctimas para decidir libremente sobre su propia sexualidad. El Código Penal, entonces, no sanciona las relaciones sexuales libremente consentidas entre personas mayores de edad” (Rivera, José, 2017: p. 382.).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 495 N°7 del Código Penal, dispone que:

Art. 495.- Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

7. El que infringiere los reglamentos de policía en lo concerniente a quienes ejercen el comercio sexual.

Debemos hacer referencia a los distintos reglamentos que han tratado las enfermedades de transmisión sexual, los cuales tienen una alta incidencia en la prostitución debido a la aplicación que estos han tenido.

El Reglamento 362 sobre enfermedades de transmisión sexual del año 1983 que fue derogado por el Decreto 206/2005, publicado en el Diario Oficial del 8 de mayo de 2007, en su título III se refiere a los establecimientos y personas dedicadas al comercio sexual y en su artículo 12 señalaba:

Art. 12.- Toda persona que, a juicio de Carabineros o del personal competente del Servicio de Salud, ejerza el comercio sexual o actividades relacionadas con este comercio, será obligatoriamente enviada al establecimiento que corresponda de ese Servicio, para su examen y demás medidas procedentes.

Por su parte, el artículo 13 indicaba que:

Art 13°.- Prohíbese el funcionamiento de prostíbulos, casas de cita o tolerancia, destinadas al comercio sexual.

Queda igualmente prohibida toda forma de propaganda que tienda a promover el comercio sexual.

El artículo 14, por su parte, disponía que:

Art. 14°.- Ningún propietario de inmueble podrá destinarlo a prostíbulo, darlos en arriendo o permitir que sea ocupado, para ejercer el comercio sexual. Esta prohibición afectará también a sus representantes legales y mandatarios y a los administradores de propiedades. Si el arrendatario u ocupante le diera ese destino, el propietario o su representante legal deberá denunciar este hecho al Servicio de Salud correspondiente inmediatamente que tenga conocimiento o sospecha de ello.

Ninguna persona podrá, tampoco, tomar en arriendo u ocupar a cualquier título, un inmueble para destinarlo al comercio sexual.

Finalmente, el artículo 15 señala que:

Artículo 15°.- Cuando el Servicio de Salud presuma fundadamente o tenga conocimiento de la existencia de algunos de los establecimientos señalados en los artículos 13 y 14, comunicará este hecho a la Unidad de Carabineros más cercana, para su clausura, la que deberá hacerse efectiva dentro del plazo de 48 horas contados desde la comunicación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, Carabineros deberá de oficio clausurar dichos inmuebles.

El decreto 206/2005, en su artículo 19 derogó en su totalidad al reglamento anteriormente señalado y este “a diferencia del Reglamento 362, e inspirado en la libertad de empresa, prescinde del auxilio de la fuerza pública para obligar a las personas que ejercen el comercio sexual, para someterse a controles de salud, siendo voluntaria la asistencia a los centros de salud, para realizarse exámenes cuyo objeto sea el diagnóstico de enfermedades de transmisión sexual. Tampoco prohíbe el ejercicio del comercio sexual ni se refiere a las casas de tolerancia; es decir, deja en el limbo y sin regulación alguna a una actividad potencialmente peligrosa para la salud de las personas” (Rivera, José, 2017: p. 384).

Por otra parte, es necesario hacer alusión a los artículos 39 y 41 del Código Sanitario, que se encuentran en el párrafo segundo “De las enfermedades venéreas”, del título II “De las enfermedades transmisibles”, del libro I “De la protección y promoción de la salud”.

El artículo 39 dispone:

Art. 39.- Un Reglamento establecerá la forma y condiciones en que deba realizarse la educación sexual y antivenérea en los establecimientos educacionales, cuarteles, naves, maestranzas, fábricas, talleres, hospitales, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos que fije el Reglamento; y las condiciones en que se podrá examinar, obligar a tratarse o internar para su curación, a las personas que se dediquen al comercio sexual y a las que estén afectadas de males venéreos que constituyan una amenaza para la salud pública.

El artículo 41 del Código Sanitario señala:

Art. 41.- Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.

La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.

Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario.

Respecto a estas medidas, la doctrina se ha inclinado por señalar que “si bien se enmarca en un contexto de una política de salud del Estado, es posible advertir que se busca disuadir la organización de las personas que ejercen el comercio lascivo, ya que se considera esta actividad como peligrosa para la salud de las personas, de manera que les impone un control de salud obligatorio, con el objeto de llevar una estadística sanitaria. La infracción a esta disposición permite la clausura de dichos locales, y faculta al Servicio Nacional de Salud para imponer otro tipo de sanciones”. (Sáez y Aravena, 2008). La lectura de todas estas normas sanitarias en conjunto nos llevan a la conclusión de que la normativa chilena va dirigida a intentar apalear las consecuencias sanitarias ocasionadas por el ejercicio de la prostitución, pero no se encarga de otorgar apoyo a quienes la ejercen ni promover políticas públicas dirigidas a la salud sexual integral, por lo que continúa con el sesgo moral que ve a los y las trabajadoras sexuales como promotores de infecciones de transmisión sexual antes que a trabajadores.

Finalmente, es de suma importancia hacer referencia a las normas que contiene la Constitución y que pueden ser aplicadas al ejercicio de la prostitución y trabajo sexual de acuerdo al contenido que estas poseen.

El artículo 19 N°1 inciso primero de la Constitución señala que

Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Por su parte, el artículo 19 N°2 inciso primero dispone:

2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

El artículo 19 N°18 inciso tercero de la Constitución expresa que:

18°. El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;

Debemos concluir este apartado con que la Constitución Política de la República se encarga de asegurar, al menos teóricamente, la igualdad ante la ley para todas las personas, escapando así de un ámbito meramente laboral y agregando toda una dimensión sobre que las personas deben recibir el mismo trato frente al Estado, cosa que en la práctica no se ve realmente debido al poco tratamiento jurídico que recibe la prostitución y el trabajo sexual por parte del resto de cuerpos normativos que debiesen asegurar la protección de estas personas.

En cuanto al último punto, debemos diferenciar respecto a la igualdad de la que hablamos y el tratamiento que deben tener dichas personas. Reconocemos en primera instancia a la igualdad formal de las personas debido a que ante la ley todos somos iguales, pero debemos reconocer que se necesitan reformas e iniciativas para que todos alcancen ese nivel de igualdad que se ha declarado con la igualdad formal. Con esto debemos indicar que no todos los individuos se encuentran posicionados con las mismas ventajas que pueden tener otros individuos, por lo que es necesario reformar en cuanto a la eliminación de aquellos obstáculos que impiden que determinados grupos de personas puedan alcanzar dicha igualdad que propone la Constitución Política de la República. Esta igualdad que postulamos “requiere la promoción activa de la igualdad de oportunidades –y eventualmente de la igualdad de facto– de ciertos grupos desaventajados. En términos formales, esta igualdad se sustenta en cláusulas constitucionales que utilizan ciertas expresiones o palabras tales como "igualdad substantiva", "igualdad de oportunidades", "promoción de la igualdad", "igualdad de facto", o similares.” (Díaz de Valdez,

Juan, 2015: p. 176). Con esto nos posicionamos bajo la idea y el reconocimiento de que existen grupos sociales que se encuentran en posiciones donde se les hace imposible encontrarse en igualdad de condiciones respecto de otros grupos que pueden gozar de ventajas o privilegios respecto de sus identidades como es la raza, el sexo, la nacionalidad, identidad de género y sexual, el nivel socioeconómico, etc.

4) Protección a trabajadores independiente y su posible relación con el trabajo sexual

Para comenzar este apartado debemos comenzar con una breve clasificación de los distintos tipos de trabajadores independientes que posee el ordenamiento jurídico chileno para poder hablar sobre la obligatoriedad de las cotizaciones.

1. Trabajador independiente obligado

El artículo 88 de la ley N°20.255 ha incorporado al seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la ley N°16.744, como cotizantes obligados, a todas las personas naturales que, sin estar subordinada a un empleador, ejercen individualmente una actividad mediante la cual obtienen rentas del trabajo de las señaladas en el artículo 42 N°2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

La cotización obligatoria para los trabajadores independientes que emiten boletas de honorarios les da acceso a todos los beneficios de la seguridad social, asegurándoles la misma protección con la que cuentan los trabajadores dependientes.

¿Qué beneficios podemos encontrar en la cotización que pueden gozar aquellos trabajadores?

- a) Seguro de Invalidez y Supervivencia (SIS)
- b) Seguros de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que corresponde a prestaciones preventivas, atención médica gratuita, rehabilitación, orden de reposo como licencias médicas y subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones, pensiones de invalidez y de supervivencia.
- c) Son beneficiarios de la ley SANNA sobre licencias médicas y subsidios en caso de enfermedad de un hijo.
- d) Gozan de beneficios de salud con atención médica ambulatoria y hospitalaria, Subsidios de Incapacidad Laboral, Subsidio prenatal, postnatal parental.

e) Pensiones de vejez

2. Trabajador independiente voluntario

Estos se refieren a aquellos trabajadores independientes que perciban rentas distintas a las establecidas en el artículo 42 N°2 de la ley sobre impuesto a la renta o recibíendolas, estos no se encuentren obligados a cotizar. Estos trabajadores podrán cotizar voluntariamente para el Seguro de la Ley N°16.744.

3. Otros trabajadores independientes

Sin embargo, han podido continuar cotizando voluntariamente para el Seguro Social de la Ley N°16.744, los siguientes trabajadores:

- Trabajadores independientes afiliados a regímenes de pensiones administrados por el Instituto de Previsión Social que se encontraban afectos al Seguro de la Ley N°16.744, estos son:
 - Pescadores artesanales.
 - Campesinos asignatarios de tierras.
 - Suplementeros.
 - Conductores propietarios de automóvil de alquiler.
 - Conductores propietarios de vehículos motorizados de movilización colectiva, de transporte escolar y de carga.
 - Pirquineros.
 - Pequeños mineros artesanales y planteros.
 - Comerciantes autorizados para desarrollar su actividad en la vía pública o plazas.
 - Profesionales de la ex-Caja Hípica (jinetes).
- Trabajadores independientes, afiliados al sistema de pensiones del D.L. N°3.500, de 1980, que, al 30 de septiembre de 2008, se encontraban cotizando para el Seguro de la Ley N°16.744.

A partir de la anterior clasificación tenemos el punto de partida que independientemente de que los trabajadores no deban cotizar de manera obligatoria, aun así se puede llegar a gozar de los beneficios de la previsión social sin tener que calzar en los requisitos legales que la ley ha dispuesto. Perfectamente podría un trabajador independiente que no se encuentra obligado

según el artículo 42 de la ley de impuestos a la renta gozar de las disposiciones que disfrutaban aquellos trabajadores y trabajadoras que sí se encuentran obligados a pagar.

Según la plataforma de previsión social de la subsecretaría de previsión social de Chile, la retención en las boletas, que durante el 2021 es del 11.5%, permite obtener los beneficios y coberturas en salud, previsión, seguros de accidentes y enfermedades laborales, entre otros.

El Código del Trabajo indica en el artículo 8 el ámbito de aplicación que tiene este respecto de los trabajadores, señalando que:

Art. 8.- Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.

Tampoco dan origen a dicho contrato los servicios que preste un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional. No obstante, la empresa en que realice dicha práctica le proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno.

Las normas de este Código sólo se aplicarán a los trabajadores independientes en los casos en que expresamente se refieran a ellos.

Con lo anterior debemos disponer que solo las normas que señalen expresamente a los trabajadores independientes serán aplicadas a estos, por lo que hay que ser minuciosos al momento de utilizar normas y aplicarlas al caso de los y las trabajadoras sexuales. Un claro ejemplo de lo que indicamos anteriormente es el artículo 216 del Código del Trabajo que dispone en su letra c) la existencia de sindicatos de trabajadores independientes, teniendo como explícito que estos trabajadores pueden constituir organizaciones sindicales, lo cual resulta sumamente relevante en el caso de que a los y las trabajadoras sexuales se les reconozca como trabajadores en el ordenamiento jurídico, ya que se les reconocería de manera instantánea el derecho a poder sindicarse y a la negociación colectiva.

Finalmente, entendemos que la normativa laboral tiene un reconocimiento a los trabajadores independientes, pero estos deben encontrarse reconocidos expresamente en la norma particular o, por el contrario, esta no resultará aplicable a estos. Con esto planteamos el desafío de crear o modificar normas que incluyan expresamente a trabajadores independientes, en especial en aquellas normas que otorgan derechos y mecanismos de protección a los trabajadores independientes, resultando en esto una inclusión mayor de esta clase de trabajadores dentro de la normativa laboral chilena.

Conclusiones

Finalmente, una vez realizado todo un desmembramiento de información y analizando esta, debemos comenzar a concluir la pregunta sobre ¿Cuál es el mejor sistema normativo de tratamiento para el trabajo sexual?. Con lo anterior desprendemos las siguientes conclusiones en cuanto a este tema:

1. La prostitución es una de las actividades en donde no se tiene registro exacto del comienzo y origen, por lo que solo nos queda poder establecer los alcances temporales en donde se ha tenido registro de esta. Desde sus primeros antecedentes históricos que han sido reconocidos en la cultura humana debemos destacar que, desde las fiestas hospitalarias o la existencia de Pompeya hasta nuestros tiempos actuales, el ejercicio de la prostitución ha tenido una variante de diferentes tratamientos ideológicos y legales, pasando desde la aceptación y que quien la ejercer es visto como alguien de la alta sociedad, pasando a ser considerada como una actividad que va en contra de la moral y las buenas costumbres.

Lo anterior debemos entrelazarlo con los conceptos de ética y moral, pero desprendiendo de estos que ambos conceptos son producto de la formación de las sociedades, es decir, un producto de las comunidades y la visión que esta le entrega al ejercicio de la prostitución.

Es importante comenzar a prescindir de estas concepciones de moral y ética, debido a que nos encontramos con la situación de que el contenido moral y ético se encuentra en pugna actualmente con el ejercicio de la prostitución y esto causa un estancamiento dentro de las discusiones legislativas nacionales que ven con miradas tradicionales al ejercicio de la prostitución y, por consecuencia, no se puede configurar un sistema legal que trate al trabajo sexual de manera distinta al que ya existe en Chile.

2. En cuanto a los tres modelos normativos de regulación de la prostitución, debemos indicar y adherirnos a la mirada que tiene el modelo legalista. Este modelo es el que mejor se encarga de otorgar derechos y reconocimiento a quienes ejercen el trabajo sexual. Al implementar este modelo normativo se está eliminando las miradas restrictivas, prejuiciosas y punitivistas que traen el resto de modelos, avanzando así en derechos laborales a quienes ejercen este trabajo y eliminando las formas de discriminación que la

misma normativa actual ejerce contra aquellos y aquellas trabajadoras que realizan esta actividad.

Resulta importante destacar la importancia de la instauración de este modelo, ya que considera a quien ejerce la prostitución como un trabajador, ya siendo tanto uno dependiente como independiente, dándole así derechos que se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y nos guiamos por la propia voluntad del trabajador que decide ejercer este trabajo, pero es menester que dicho modelo que trata el trabajo sexual sea objeto de reformas, tanto así que se cambie el espíritu de esta normativa y que vaya dirigida a la protección de los y las trabajadoras, eliminando de esta forma a las normas que poseen una carga negativa en cuanto al tratamiento que se les da a los trabajadores y trabajadoras sexuales.

3. Debemos tener en cuenta en todo momento todos los factores que afectan a estos trabajadores, ya que es importante reconocer que existen factores externos a la propia voluntad de estos para que ejerzan la prostitución, desvirtuando la propia elección de quien decide ejercer el trabajo sexual y también se debe reconocer la interseccionalidad de las personas, ya que en muchos casos hay factores que inciden en el tratamiento y en las oportunidades que tienen las personas, por ejemplo, sexo o nacionalidad. Esto nos hace reflexionar sobre la posibilidad de prescindir de la figura del empleador en esta clase de trabajo, en donde la figura del trabajador independiente resulta concordante con esta clase de trabajo, lo cual significa que los y las trabajadoras sexuales son personas amparadas por el Código del Trabajo y los beneficios de este, sin contar que al momento de cotizar van a gozar de aquellos beneficios que significa pagar dichas cotizaciones.
4. El tratamiento normativo actual que predomina en Chile es uno de carácter que se acerca más al modelo reglamentarista, debido a que la mayoría de las normas que tratan el ejercicio de la prostitución se encuentran contenidas en el reglamento 206/2005 que vino a derogar el reglamento 362 del año 1983, es decir, la mayoría de la normativa respecto a este asunto ha sido tratado en reglamentos. El problema que ha tenido este tipo de regulación es que se le da un carácter punitivista antes que uno protector de los derechos de quienes ejercen esta clase de actividad, por lo que no alcanza a otorgar garantías y derechos a los y las trabajadoras sexuales.

El resto de las normativas que existen a nivel nacional tampoco se encargan de solucionar este extenso problema donde quienes ejercen la prostitución se ven vulnerados más que

protegidos. Las únicas normas proteccionistas que existen hoy en día son en relación con la prostitución de menores y de personas migrantes. El resto de las normas contenidas en el Código Sanitario, solo tienen un fin de llevar cuenta de quienes ejercen esta actividad, pero con una clara dirección hacia la desaprobación de quienes contraen infecciones de transmisión sexual.

5. La discusión respecto del tratamiento jurídico que debe tener la legislación ya sea a nivel nacional como internacional, es de suma importancia debido al gran número de aristas que dicha discusión toca. Nos encontramos con una discusión que va incluso más allá que el mero tratamiento laboral que tienen las personas que ejercen la prostitución y el trabajo sexual, sino que nos encontramos frente a discusiones respecto de derechos fundamentales que afectan toda área de quienes deciden ejercer esta actividad, los cuales en muchos casos no tienen el mismo punto de partida o las mismas oportunidades, por lo que es importante poder legislar teniendo en cuenta la eliminación de obstáculos que impidan que todos los sujetos tengan las mismas oportunidades en el plano material.

Hay que tener en cuenta que nos encontramos discutiendo sobre la corporalidad, la autonomía, la voluntad y el respeto que tiene una persona. Las políticas públicas deben ir orientadas a respetar dichos caracteres anteriormente señalados, incluso siendo conscientes de la tremenda carga histórica que han acarreado los y las trabajadoras sexuales durante la historia de la humanidad y nuestra historia nacional, sin desconocer que aquellos y aquellas forman parte de nuestra sociedad y, por lo tanto, deben ser sujetos de derechos mínimos como cualquier otro trabajador que ejerza alguna profesión u oficio que a la vista de la sociedad es moral y éticamente aceptable.

Referencias bibliográficas

Aguayo Westwood, Pablo, & Calderón Hernández, María José (2020): “¿Qué hay de malo en la prostitución?”, en revista *Veritas*, vol. 47, pp. 9-30.

Aguilar González, José María. (2020): “¿Contratos prohibidos o regulados? El caso de la prostitución”, en *Revista de Economía*, N°915, pp. 69-80.

Arce Becerra, Paula y Bodelón González, Encarna (2018): “La reglamentación de la prostitución en los ayuntamientos: una técnica de ficticia seguridad ciudadana”, en *revista Crítica Penal y Poder*, N°15, pp. 71-89.

Arellano, Pablo y Benfeld, Johann (2017): “Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Valparaíso, vol. 6 n°2, p. 9.

Betancur Jiménez, Gloria Elena. (2016): “La ética y la moral: paradojas del ser humano”, en *CES Psicología*, vol. 9 N°1, pp. 109-121.

Cabrera Morales, Natalia. (2019): “Prostitución ¿Es necesario castigar? Una propuesta feminista para Chile.”, en *Política criminal*, vol. 14 N°28, pp. 95-151

Castellanos Rodríguez, Belén (2008): “Prostitución, sexualidad y producción. Una perspectiva marxista”, en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, N°17, pp. 189-196.

Comandini, Ana Carolina (2018): “Prostitución y trata de blancas: El discurso internacional del victimismo (Chile, 1934)” en revista *Historia Unisinos*, Santiago de Chile, vol. 22 n°2, p. 291.

Daich, Deborah (2012): “¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución”, en *RUNA, archivo para las ciencias del hombre*, vol.33 N°1, pp. 71-84.

Díaz de Valdez, Juan (2015): “La Igualdad Constitucional: múltiple y Compleja” en *Revista chilena de derecho*, vol. 42 N°1, p. 179.

Engels, Federico (2006) *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, p. 81.

Figueroa, María José (2010): “La prostitución en la baja edad media española” en *Historias del Orbis Terrarum*, n°. Extra 2, p. 154.

Gálvez, Ana Carolina (2017): "La prostitución reglamentada en Latinoamérica en la época de la modernización. Los casos de Argentina, Uruguay y Chile entre 1874 y 1936", en revista *Historia 396*, Santiago de Chile, vol. 7 n°1, p. 92.

Gamonal, Sergio (2013): "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena", en revista *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 11 n°1, p. 427

Juliano, María Dolores (2002): *La prostitución. El Espejo Oscuro*, Icaria, p.129

Justo von Lurzer, Carolina (2019): "Marginales, víctimas y putas feministas. Continuidades y rupturas en la mediatización del comercio sexual en Argentina.", en *Comunicación y medios*, vol. 28 N°39, pp. 40-51.

Maqueda Abreu, Luisa (2017): "Prostitución, Feminismos y Derecho Penal", en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 1 N°1, p. 194.

Médicos del Mundo (2020): *La Prostitución Como Forma de Violencia de Género*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, España.

Molina Montero, Alba (2018): "El Regimen Jurídico de la Prostitución y sus Diferentes Modelos Ideológicos", en revista *Crítica Penal y Poder*, N°15, pp. 130-149.

Montoya, Alfredo (2005): "Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Madrid, n°81, p. 26.

Munita, Enrique (2014): "El principio protector y la regla del IN DUBIO PRO OPERATIO como criterio de interpretación de la norma laboral", en *Revista de Chilena de Derecho del trabajo y seguridad social*, Santiago de Chile, vol. 5 n°10, p. 85.

Orsi, Agustín (2018). "Prostitución reglamentada, moral sexual y familia patriarcal en Junín, Provincia de Buenos Aires (1891-1936)", en *Cuadernos de H ideas*, vol. 12 N°12, pp. 3-17.

Ortiz Millán, Gustavo. (2016): "Sobre la distinción entre ética y moral", en revista *Isonomía*, N°45, pp. 113-139.

Pachajoa Londoño, Alejandro y Figueroa García, Jhonny Alexander (2008), "¿Es la prostitución un trabajo?" Tesis Psicológica, N°3, pp.54-69 [Consultado: 1 de Julio de 2021]. ISSN: 1909-8391. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=139012667007>

Pérez Vaquero, Carlos (2011): “¿Legalizar la prostitución?”, en *Criminología y Justicia*, N°1, pp. 9.

Plá Rodríguez, Américo (2015): *Los principios del derecho del trabajo*, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Montevideo, p. 53

Ranea-Triviño, Beatriz, (2021), “Una mirada crítica al abordaje de la prostitución: reflexiones sobre la abolición.”, en *Gaceta Sanitaria*, vol.35 N°1, p. 93.

Rivera, José (2017): “Algunos apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.50 n°148, p. 363

Rodríguez, Pilar (2015): “Un Análisis Interseccional Sobre Malos Tratos y Violencia Laboral en Mujeres que Ejercen la Prostitución”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N°151, p. 124.

Sáez Tapia, C., & Aravena Canales, F. (2008): “El derecho a ejercer el comercio sexual en Chile”, en *IV Congreso de Teoría Constitucional*, p. 13.

Vargas Cordero, Zoila. (2016): “Desarrollo moral, valores y ética; una investigación dentro del aula”, en *Revista Educación*, vol. 28 N°2, pp. 92-104.

Villacampa, Carolina (2020): “Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero: ordenanzas cívicas y ley mordaza”, en *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, N°4, pp. 113-130.