



**La prostitución  
como una regulación  
laboral especial**

**Fernando Maldonado**

---

## RESUMEN

Toda persona que se dedica a la prostitución no lo hace de manera forzada y, por tanto, aquellas que lo hacen voluntariamente deben tener la misma protección que presta el sistema al resto de relaciones laborales. Este artículo trata de reflejar los diversos enfoques que ha recibido la prostitución, la doctrina judicial tanto española como europea y se proponen alternativas para su regulación sin olvidar que se deben articular alternativas para que quien quiera abandonarla pueda hacerlo.

Se analizan los obstáculos existentes así como las diferentes resoluciones judiciales dictadas respecto del alterne y la prostitución, entre ellas una sentencia novedosa y única que declaró probada la existencia de relación laboral común para esta última, sin olvidar la controversia existente al respecto de si atenta contra la dignidad de la persona o si por el contrario lo hace contra su libertad como individuo.

**Palabras clave:** *Prostitución, alterne, relación laboral, voluntaria, autónoma.*

## ABSTRACT

Every person who devotes herself to the prostitution does not do it in a forced way and, therefore, those that do it voluntarily must have the same protection that gives the system to the rest of labor relations. This article tries to reflect the diverse approaches that the prostitution has received, the judicial doctrine in Spanish as well as in Europe. In addition, some alternatives are given some alternatives for its regulation, without forgetting those alternatives that have to be articulated for everyone who wants to leave their job.

The existing obstacles are analyzed as well as the different court's decisions that are related to prostitution and the act of encouraging clients to drink and flirt, among them the new and unique judgment that declared proven the existence of common working relationships for the latter, without forgetting the existing controversy with regard to the possibility that it commits an outrage against the person's dignity or on the contrary, it is done against their freedom as individuals.

**Key words:** *Prostitution, act of encouraging clients to drink and flirt, labour, voluntary, autonomous relation.*



---

# ***La prostitución como una regulación laboral especial<sup>1</sup>***

*Fernando Maldonado*

*Graduado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos*

*Facultat De Ciències Socials / Universitat De València*

*Entregado el 25/11/2015. Aceptado 05/12/2015*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en la Reunión de Tokio de 1958, entendió que jurídicamente la prostitución designa “*a toda persona de uno u otro sexo que percibiendo una remuneración cualquiera, en especie o en natura, se entrega de una manera habitual y en la forma que sea, durante toda o una parte de su tiempo, a contactos sexuales, normales o anormales, con diferentes personas sean del mismo sexo, o de sexo opuesto*”.

Esta aséptica definición contrasta con las que ofrecen otros organismos de carácter oficial. En este sentido, el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, dependiente del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad considera que “*la prostitución no es una expresión de libertad sexual de la mujer, sino que tiene que ver con la violencia, la marginación, la dificultad económica y la cultura sexista y patriarcal. Los derechos de ciudadanía universal que nuestra sociedad promueve están vedados para las mujeres prostituidas. El acceso a recursos económicos, culturales y sociales se ve mermado para este sector de la población, al formar parte de los circuitos informales de la economía*”<sup>2</sup>.

Lo cierto es que ambas concepciones son, en mayor o menor medida, ciertas, pues esta actividad comercial, que no está regulada ni perseguida, se encuentra

---

<sup>1</sup> Este artículo es una síntesis del Trabajo Final de Grado presentado por el autor en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universitat de València, tutorizado por la profesora Monica Albiol

<sup>2</sup> Información disponible en la web del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, en relación con las Mujeres en situación de vulnerabilidad: <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/multiDiscriminacion/mujeresVuln/home.htm>

en una situación de “alegalidad” y tolerancia que provoca un importante desconocimiento de su realidad y, en muchas ocasiones, situaciones de verdadera explotación y violaciones de derechos de diverso tipo.

El estudio del fenómeno de la prostitución reviste una complejidad específica. Son muchas las disciplinas de las ciencias sociales y humanas que mantienen posiciones en torno al mismo y ha sido objeto de estudio desde el ámbito de la economía, el derecho penal, el derecho civil y el laboral, la medicina, la psicología la sociología; pero también ha sido y es objeto de atención y posicionamiento crítico desde casi todos los sectores morales, sociales, políticos y religiosos.

En el presente trabajo se va a tratar la problemática laboral de la prostitución, o mejor dicho, la problemática que provoca la ausencia de una regulación laboral específica sobre esta actividad económica, lo que entre otras muchas cosas provoca que las personas que trabajan en este sector permanezcan al margen de los sistemas de pensiones y de protección social públicos como contribuyentes, aunque sí puedan ser beneficiarios de pensiones no contributivas, de servicios sociales y recibir asistencia sanitaria. En cualquier caso, para poder plantear un modelo de relación laboral es preciso conocer cuál es el concreto posicionamiento del legislador en relación con la práctica de la prostitución.

## **2. LAS DIVERSAS VÍAS DE REGULACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN**

La regulación de la práctica de la prostitución tiene un carácter heterogéneo que responde a la asunción de determinados valores morales y posicionamientos políticos. El abanico de posibilidades es muy amplio, desde la completa legalización de la práctica de la prostitución, como cualquier otra actividad de tipo comercial, hasta su absoluta penalización. Sin embargo, lo usual es que sólo se ocupe de este fenómeno el derecho sancionador administrativo y el derecho penal, estableciendo qué conductas resultan punibles y qué sujetos deben responder por ellas, lo que de nuevo va a estar influido por la concepción social de esta actividad.

### **2.1. LOS DISTINTOS MODELOS IDEOLÓGICOS**

Con carácter general se puede establecer una clasificación en función de la aceptada existencia de “cuatro modelos ideológicos”:

**Modelo reglamentista:** En este caso se parte de la premisa de que el fenómeno de la prostitución es inevitable, de manera que su existencia es aceptada, asumida más bien, por la sociedad. Se tiende a limitar su ejercicio, reservando para su práctica locales autorizados y controlados. Por tanto está prohibido y penado el ejercicio de la prostitución clandestina.

**Modelo abolicionista.** El modelo abolicionista, como señala Mariana Pucciarello (2007), propugna que la prostitución carezca de todo tipo de reconocimiento en el mundo jurídico con la intención de desalentar y erradicar la actividad y está relacionado con la defensa de la dignidad de las personas, no penaliza a la persona que se prostituya pero sí a quienes lucren con su explotación sexual.

La Campaña Abolicionista entiende que la trata con fines de explotación sexual y la prostitución son fenómenos inescindibles, que la prostitución es una institución patriarcal basada en la desigualdad entre varones y mujeres y que no puede, bajo ningún concepto, ser considerada trabajo.

El sistema abolicionista es el imperante en la normativa internacional. Sus postulados se plasmaron en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, conocido como *Tratado de Lake Success*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949, en su Resolución 317 (IV), que fue ratificado por España en 1962. En el artículo 1 se establece que “*las partes presentes en este convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona*”. Igualmente, como se señala en el art. 2, existe el compromiso de castigar “*a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena*”. Hay que recalcar que el Convenio considera ilícita la explotación de la prostitución, aun cuando la persona que ejerce la prostitución consienta libremente en ceder parte de los beneficios económicos a quien promociona o facilita su actividad.

**Modelo prohibicionista.** Desde esta perspectiva la prostitución constituye un delito, por lo que se impone una sanción penal tanto a los proxenetas como a quien ejerce la prostitución e, incluso, a los clientes. Resulta paradójico que tanto el prohibicionismo como el abolicionismo tienen un sustrato común. Ambas posiciones surgieron cuando se comprobó que mediante el modelo reglamentarista no se ejercía un control eficaz de las enfermedades venéreas o la

prostitución. Lo que parece claro es que la prohibición de la prostitución no ha erradicado su práctica. Es más, al convertirla en una actividad clandestina en muchos casos ha provocado la existencia de redes de explotación de personas para prostituirlas.

**Modelo legalizador.** Este moderno movimiento, surgido desde el feminismo, “considera la prostitución ejercida libremente por personas adultas como un servicio laboral escogido por la trabajadora prostituta como una forma más de prestación de servicios a cambio de un precio” (POYATO i MATAS, 2009: p 16). Este modelo otorga un nuevo status legal a la prostitución denominada libre o voluntaria y pretende reconocerla como una actividad con respaldo jurídico e incluirla en la legislación laboral como trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia, prohibiendo la prostitución forzada.

## **2.2. PROSTITUCIÓN VOLUNTARIA VS. PROSTITUCIÓN FORZADA Y PROSTITUCIÓN AUTÓNOMA VS. PROSTITUCIÓN POR CUENTA AJENA**

Cabría argüir la existencia de un quinto modelo, en el cual la regulación del fenómeno de la prostitución depende que su práctica se realice de forma voluntaria o forzada. Si bien en el primer caso podemos encontrarnos con una regulación concreta o normalmente con una ausencia de normativa, en el segundo caso se establece un régimen sancionador específico. Este es el modelo que imperó en España entre 1995 y 2003, cuando la prostitución voluntaria no se encontraba ni prohibida ni autorizada, mientras que la ley sí que preveía sanciones para los que promovieran la prostitución forzada (CARMONA CUENCA, 2007).

Sin embargo, la distinción entre la prostitución forzada y la voluntaria resulta ciertamente compleja, sobre todo cuando entre quien la ejerce y el cliente aparece un tercero que la promueve o la facilita, actuando como una suerte de empresario, para el que trabajan quienes prestan los servicios sexuales, lo que a su vez permite distinguir entre prostitución por cuenta ajena y prostitución por cuenta propia o autónoma.

Así, desde determinados sectores se considera que la prostitución por cuenta ajena supone una violación de derechos fundamentales de la persona prostituida. Este posicionamiento choca con el que mantiene la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000). En sus Pro-

tos, en concreto, en el Protocolo de Palermo del año 2000, considera como “*trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.....*”. En consecuencia, se puede definir la prostitución forzada como aquella en que se producen amenazas y otras formas de coacción con el fin de lograr el consentimiento para realizar la explotación de la prostitución. Por tanto, en aquellos casos en los que no se dan estas circunstancias, sino que la persona que ejerce la prostitución, mayor de edad, ha prestado su consentimiento sin haber sido amenazada, coaccionada o sin que se haya aprovechado de una situación de especial vulnerabilidad o necesidad, existiría una prostitución de carácter voluntario, aunque exista un tercero que se lucre con la actividad.

Para muchos sectores la prostitución es concebida como la máxima objetualización de las mujeres y la máxima alienación en el trabajo, por tanto, quienes ejercen la prostitución son considerados como las víctimas prototípicas del patriarcado y del capitalismo (OSBORNE, 1988). Sin embargo, el colectivo de prostitutas reunido en el Congreso Internacional celebrado en los locales del Parlamento Europeo en 1986, no opinaban lo mismo, sino que más bien criticaban esta posición. Históricamente —se lee en la resolución final elaborada por el Comité Internacional en favor de los derechos de las prostitutas en dicho Congreso— los movimientos de mujeres se han opuesto a la institución de la prostitución, mientras que proclamaban su apoyo a las mujeres prostitutas. Sin embargo, las prostitutas rechazan un apoyo que requiere de ellas el abandono de la prostitución; asimismo, se oponen a ser tratadas como símbolos de opresión y piden su reconocimiento como trabajadoras (OSBORNE, 1988).

En esta misma línea se ha expresado también la jurisprudencia española. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2009, S. nº 425/2009, recoge que “*la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones*”.

Por otro lado, desde algunos sectores, se defiende que no existe la prostitución voluntaria. Se asume que ninguna mujer que tenga cubiertas las necesidades básicas se dedicará libremente a la prostitución. Esta consideración se sustenta en que las mujeres que se ven abocadas a la prostitución lo hacen para sacar adelante a sus hijos, acceder a una vivienda o por no encontrar otro tipo de trabajo. Se trata de una visión muy sesgada y extrema, que está muy anclada en unos determinados valores morales e ideológicos. Desde este posicionamiento prácticamente un contrato sexual equivale a un contrato de esclavitud.

Sin embargo, en la sociedad actual existen síntomas inequívocos de que existe un importante colectivo de mujeres que quieren hacer de la prostitución su profesión, su forma de vida. En este sentido, en los últimos años en España se han creado asociaciones de prostitutas con el fin de defender el trabajo sexual, como por ejemplo el “Colectivo Hetaira” o “Sealeer. Sociedad Cooperativa de Servicios”, la primera cooperativa de trabajo asociado para la prestación de servicios sexuales española. Asimismo, se han convocado innumerables manifestaciones de prostitutas para exigir condiciones laborales dignas o para protestar por normativas que restringían su derecho a ejercer la prostitución.

Es más, los diversos estudios que se han realizado sobre la materia concluyen que, dentro del colectivo de prostitutas muestreado, existe un importante número de mujeres que ejerce esta actividad voluntariamente (SANCHIS, 2011 y VILLACAMPA; TORRES, 2013), y ello sin haber tenido en cuenta en ninguno de estos estudios la denominada prostitución de lujo o los servicios de acompañantes (*escorts* y *call girls*).

### **2.3. LA PENALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y SU CONSIDERACIÓN COMO UNA ACTIVIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y OTROS VALORES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**

La normativa penal española en relación con el fenómeno de la prostitución ha ido cambiando y evolucionando con el discurrir del tiempo. Así, a principios del siglo XX, se implantó el modelo abolicionista, lo que permitía denunciar a los proxenetes y facultaba para rehabilitar a las prostitutas. Posteriormente, a partir de 1941, se impuso el prohibicionismo con el objetivo de hacer invisibles los prostíbulos por el bien de la moral cristiana. El ingreso de España en la ONU suponía la aceptación de sus decisiones y normativa, entre las que se encontraba el mencionado Convenio de *Lake Success*.

Como ya se ha mencionado, el Código Penal de 1995 únicamente declaraba punible la prostitución forzada, y esta situación se mantuvo hasta la entrada en la reforma penal de 2003, que introdujo un nuevo inciso en el art. 188 que contenía “*en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*”, estableciéndose una redacción más acorde con la tendencia generalizada del modelo abolicionista.

Está claro que todos los autores contrarios a la regulación de la prostitución utilizan el derecho a la dignidad que recoge el artículo 10 CE como bandera pero desde el punto de vista negativo para el caso aunque también existe una vertiente positiva. La STC de 11 de abril (s nº 537/1985) contenía lo siguiente “...nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...” (art. 18.1).”

A mi modesto entender, el derecho a la dignidad (Art. 10 CE) choca frontalmente con el derecho a la libre elección de profesión (Art. 35 CE) y con el derecho a garantizar la libertad sexual, en cuanto que nos encontramos con un derecho conexo con el derecho a la intimidad (Art. 18.1 CE) y a la igualdad (Art. 14 CE).

Resulta un contrasentido considerar que se atenta contra la dignidad de la persona cuando es ésta la que adopta la decisión de dedicarse al ejercicio de la prostitución de manera libre con las únicas limitaciones que el raciocinio y la legalidad deben establecer.

Según la jurisprudencia social, toda relación de prostitución en sí misma es contraria a la dignidad de la persona y contraviene derechos fundamentales como son la libertad, la igualdad y la integridad física y moral. Enfrente se posiciona la doctrina científica, entre otras la catedrática M.L. Maqueda Abreu, que contrariamente sostiene que “*es cuestionable la afirmación, basada en la tesis abolicionista, que confunde contrato sexual con contrato de esclavitud. ¿Por qué entender que un contrato libremente pactado despoja a una de las partes de su condición de persona?*”.

Llegados a este punto, no encontramos con la contradicción de que, con el propósito de proteger la dignidad de manera colectiva, se priva al individuo de una parte de esa dignidad al considerarlo como incapaz o privándole del derecho a decidir de manera libre. El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 192/2003, de 27 de octubre, en relación con los derechos referidos, estableció

que “*el derecho a la dignidad del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”*”. Algunos autores, entre ellos CARMONA CUENCA (2007), consideran que ambas formas de prostitución (forzada y libre) constituyen una vulneración de los derechos humanos de las mujeres prostituidas. Añade que se ha constatado que las mujeres prostituidas no provienen de las clases altas de la sociedad, ni de las clases medias. Que en el origen de esta actividad está la exclusión social, la necesidad de sobrevivir por encima de cualquier consideración, de mantener unos hijos o de conseguir dinero para droga. Y entiende que en estas situaciones no puede hablarse realmente de prostitución libremente elegida. Opinión que no comparto porque si bien es cierto que las mujeres de clase alta no se dedican a la prostitución, también lo es que tampoco se dedican al servicio doméstico. Es una realidad que la mayoría de las mujeres trabajadoras lo hacen para sacar a sus hijos adelante o, al menos, para procurarles una vida mejor. La alternativa para evitar las situaciones que la autora describe puede ser proporcionar ayuda para que las prostitutas que necesiten salir de ese mundo puedan hacerlo, sin negar el derecho a aquellas que quieran prostituirse de manera voluntaria puedan hacerlo.

No puedo concluir este punto sin dejar constancia de mi modesta opinión al respecto: cuando la voluntad de prostituirse es adoptada por una persona adulta, capaz y de manera libre, no se vulnera el derecho a la dignidad de la persona, sino que es un ejercicio de libertad sexual de la misma.

### **3. LA REGULACIÓN LABORAL DEL TRABAJO SEXUAL**

Como se ha señalado (POYATOS I MATAS, 2009), resulta extraño que durante la etapa en la que el proxenetismo en el ámbito de la prostitución voluntaria estuvo despenalizado, no se promulgara ninguna norma laboral, ni de seguridad social, o de carácter fiscal, que regulara como una relación laboral especial la que mantenía el proxeneta con la prostituta. Tampoco la jurisprudencia del orden social se pronunció sobre la laboralidad de la prostitución, habida cuenta de que se trataba de una prestación de servicios de carácter personal, voluntaria, dentro de la organización del proxeneta, a cambio de un precio

El rechazo de la jurisprudencia hacía la prostitución viene determinado, como se ha visto en el apartado anterior, por la asunción de los principios abolicionis-

tas y por la interpretación de conceptos tales como la violencia de género o el derecho a la integridad física y moral, contenidos en la Constitución Española y, sobre todo, el derecho a la dignidad. De esta manera, los jueces rechazaban la laboralidad de la prostitución en base a la protección de la dignidad de las mujeres.

Además, las decisiones judiciales ven en la normativa civil sobre contratación otro obstáculo para permitir que la prostitución pueda regularse a través de una relación. En concreto, se alude al 1255 CC que establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*; el art. 1271 CC, a tenor del cual *“pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”*; y el art. 1275 CC, que prescribe que *“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”* y que *“es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*.

Así, los tribunales ante la prostitución, a diferencia del alterne o captación de clientes *“mediante el atractivo sexual al objeto de que consuman bebidas”* (STS, Social, de 14 de mayo de 1985, dictada en Recurso de casación por infracción de ley), deniegan la laboralidad al entender que los contratos poseen causa ilícita. En contra se situaría la interpretación, que comparto, elaborada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Criterio técnico operativo número 52/2007, sobre la existencia de relación laboral en empresas con actividades ilícitas, inmorales o delictivas, de 3 de julio de 2007), que entiende que el Código Civil tiene carácter de norma general y supletoria respecto del Estatuto de los Trabajadores, de hecho, continua diciendo, el derecho laboral se desgajó del tronco común civil.

Se toma en consideración la protección social ante una situación de laboralidad en la que lo esencial no viene a ser la causa del contrato, ni su legalidad, ni su inmoralidad, sino la realización de una actividad o prestación de un servicio mediante la aceptación voluntaria de la dirección de otra persona a cambio de una remuneración (POYATOS i MATAS, G., 2009, pp. 39 y ss.).

Con estos referentes, derivados de la política abolicionista imperante en los países de nuestro entorno y promovida desde la Organización de Naciones Unidas, resulta ciertamente difícil poder encuadrar la prostitución como una relación laboral por cuenta ajena. Sin embargo, pese a la ausencia de regulación expresa, la denominada prostitución autónoma no se enfrenta a estos obstáculos, lo cual permite de facto un ejercicio legal de la misma, de hecho, ya se ha mencionado, la existencia de cooperativas que asociación a mujeres que ejercen la prostitución

de esta manera. Por ello, antes de acometer el estudio de la prostitución subordinada y por cuenta ajena, resulta oportuno analizar la situación de este otro tipo de prostitución.

### **3.1. LA PROSTITUCIÓN COMO RELACIÓN DE TRABAJO AUTÓNOMO**

Para dar cuenta de cuál es la situación jurídica de la prostitución autónoma hay que hacer una necesaria referencia a la jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión y a la solución judicial que dio el Tribunal Supremo al denominado caso “Mesalina”. Además, por su evidente interés, me voy a servir igualmente del experimento llevado a cabo por la magistrada Gloria Poyatos i Matas.

#### **3.1.1. La prostitución como actividad económica en la justicia europea**

En el año 2001 el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas tuvo que pronunciarse sobre la prostitución autónoma. El Gobierno Holandés había denegado el permiso de residencia a unas ciudadanas checas y polacas para trabajar como prostitutas por cuenta propia en los Países Bajos, por ser una actividad prohibida o, cuanto menos por no tratarse de una forma de trabajo aceptada socialmente y no poder considerarse ni un trabajo regular ni una profesión liberal. Básicamente la cuestión a dirimir era la siguiente: si se reconoce el derecho a la libertad de entrada y residencia, así como el de establecimiento de los ciudadanos de la Europa del Este en territorio de la Unión Europea, ¿se podría beneficiar todo trabajador por cuenta propia aunque su actividad esté prohibida o no sea socialmente aceptada, tal como es la prostitución?

Pues bien, la STJCE de 20 de noviembre de 2011 (Asunto C-268/99 *Aldona Malzorgata Jany y otras*) que resolvió este conflicto, al margen de otras consideraciones, concluyó que la prostitución se encontraba entre las actividades económicas por cuenta propia. Así vino a señalar que *“la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada, que está comprendida en el concepto de actividades económicas (...) Se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales (...) La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de una remuneración y, por consiguiente, está incluido en el concepto de actividades económicas por cuenta propia o no asalariadas”*. Tal conceptualización judicial de la actividad de la prostitución

realizada por cuenta propia, no tardó mucho en ser plenamente aceptada por nuestros Tribunales internos, de diferentes jurisdicciones.

Más recientemente e igualmente significativa es la posición de la Unión Europea en torno a la prostitución que se desprende del Reglamento nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, que obliga a todos los Estados Miembros a incluir en la medición del PIB a la prostitución. Además de confirmar la consideración de la prostitución como actividad económica, da un giro a la postura que mantenía la UE en torno a la prostitución, ya que, si realmente considera que en el espacio común se debería aplicar el modelo nórdico era el momento de incluirlo en dicho reglamento por su aplicación “erga omnes” y no de dejarlo en recomendaciones que carecen de eficacia normativa, lo que hace pensar si realmente se pretendía lo que se manifestaba o solo se hizo para contentar a poderosos sectores.

### 3.1.2. La jurisprudencia española en el caso “Mesalina”

En mayo de 2003 se constituyó la Asociación Nacional de Empresarios “MESALINA”, en cuyos Estatutos hacía constar que el ámbito sectorial de la Asociación se circunscribe al servicio de la actividad mercantil consistente en la tenencia o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia. Los fines de la asociación son la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales propios del sector; y (.....) la negociación colectiva laboral (.....)

En junio de 2005 se presentó ante la Dirección General competente, la solicitud de depósito de los estatutos y acta de constitución. La Administración dictó resolución por la cual requería a la asociación para que modificase el artículo tercero de los estatutos, en el sentido de suprimir la frase que decía “(...) *ejerzan (...) la prostitución por cuenta propia...*”, ya que el ordenamiento jurídico español no reconoce esta actividad.

La Asociación realizó una modificación del texto de los estatutos, consistente en añadir dos párrafos tendentes a concretar el ámbito de sectorial de aplicación, así como a dejar claro que, en ningún caso, debía entenderse que la asociación fuera a inducir, promocionar, intermediar o cooperar con estas actividades. En el mismo escrito recordaba la decisión de la ya señalada STJCE de 20 de noviembre

de 2011 (Asunto C-268/99 *Aldona Malzorgata Jany y otras*), en el sentido de que las «actividades económicas por cuenta propia» tiene el mismo sentido y alcance que el de «actividades no asalariadas» y, por tanto, “*la actividad de la prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración, y por consiguiente está incluida en ambos conceptos*”.

Pese a las modificaciones y los argumentos esgrimidos por la Asociación, la Administración dictó resolución denegatoria para la formalización del depósito de los estatutos, motivándola en que no se había modificado la expresión “*prostitución por cuenta propia*” y que esta actividad no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, estando únicamente tolerada. Añade, además, que el término “*Mesalina*” utilizado para denominar la Asociación pudiera ser discriminatoria por razón de género respecto de las mujeres por el significado que el término tiene en la lengua española. Por último, entiende que cuando se indica que la citada actividad se realiza exclusivamente para delimitar el ámbito sectorial, sin que deba entenderse en el sentido de inducción, promoción, etc..., se está llevando a cabo una mera declaración de principios, propia de cualquier asociación, pues en otro caso debería ser declarada ilícita.

Recurrida la resolución ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, este Tribunal estimó la demanda de la Asociación en su Sentencia de 23 de diciembre de 2003, S. nº. 104/2004, y procedió a ordenar a la Dirección General la inscripción de ésta. La sentencia fue objeto de Recurso de Casación y a resultas del mismo fue confirmada por la STS de 27 de noviembre de 2004, Rec. 18/2004. Lo fundamental de estas sentencias para este estudio se encuentra en la cuestión del término prostitución por cuenta propia. Ambos Tribunales consideraron que la Administración se extralimitó al calificar de “*actividad tolerada*” la prostitución por cuenta propia, al entender que se aplicaron condicionantes morales en su motivación. También resulta interesante es que los Tribunales afirmaran que no tiene sentido condicionar el ejercicio de la prostitución a que se halle regulada la actividad, pues el derecho constitucional a la libertad de empresa no queda condicionado a la diligencia del Estado a la hora de regular sobre la materia.

La conclusión que se extrae de ambas sentencias es que, a partir de ellas, la Justicia española asume como suya la europea, al considerar la prostitución por cuenta propia como actividad económica a pesar de que no exista normativa que la regule. Así, en esta ocasión el Estado de Derecho se impuso a ciertas consideraciones religiosas y a consideraciones basadas en la moral y la honestidad que habían prevalecido en determinados pasajes de nuestra historia.

### 3.1.3. La experiencia de Gloria Poyatos i Matas: de la teoría a la práctica

La Magistrada Gloria Poyatos i Matas, en la época en que ejercía de abogada laboralista en Girona, quiso comprobar si se hacía efectiva la teoría de que no existía ninguna norma que se opusiera al reconocimiento de la actividad económica de la prostitución, realizada de manera voluntaria por persona mayor de edad. Para ello, debía ser reconocida como tal por los organismos de la Administración. Con esa finalidad, inició los trámites administrativos pertinentes para darse de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social como (falsa) trabajadora autónoma profesional de la prostitución. Se dirigió a la Delegación de la Agencia Tributaria en Girona para solicitar el alta en el Impuesto de actividades Económicas (IAE), indicando que “la actividad económica que deseaba desarrollar era la de la prostitución por cuenta propia”. Aunque inicialmente se le informó que no existía ninguna actividad dentro de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), vigente en 2008, que se identificará con esa actividad, finalmente se le indicó que debía rellenar el modelo de solicitud refiriendo en el apartado de actividades económicas “otros servicios personales”. De esta manera consiguió el alta fiscal para el ejercicio de la actividad de prostitución por cuenta propia.

El siguiente paso era conseguir el alta en la Sistema de Seguridad Social. Para ello se personó en la TGSS, llevando consigo el alta en el IAE sellado por la Agencia Tributaria. La abogada informó de sus intenciones de darse de alta como profesional de la prostitución en el RETA. Pese a la extrañeza inicial y tras realizar algunas comprobaciones, le comunicaron que no había ningún problema, puesto que en la Tesorería se debía proporcionar el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a toda persona que previamente hubiese conseguido el alta en el sistema fiscal.

La conclusión final a la que llegó en su trabajo de investigación fue que no solo teóricamente, sino también en la práctica, la prostitución tiene perfecto encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Cualquier persona que resida legalmente en España puede prestar servicios de prostitución y tener toda la protección social que otorga nuestro sistema a través de su inclusión en el RETA (POYATOS i MATAS, 2009: pp. 126-129).

Llegados a la conclusión de que la actividad económica de la prostitución ejercida por cuenta propia no es una actividad ilegal, debemos comprobar si cumpliría con las cuatro notas características establecidas en el artículo 1 de la Ley 11 de julio de 2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), que establece que “*la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual,*

*personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”*

- a) La habitualidad requiere que el ejercicio de la actividad suponga el medio fundamental de vida, para lo cual, los ingresos económicos derivados de ella deben superar el umbral del SMI, teniendo en cuenta la jornada que se emplee y la asiduidad de los servicios sexuales.
- b) La prestación de servicios sexuales se debe efectuar siempre de forma personal y directa. Sería difícil su delegación, en tanto que las condiciones personales del trabajador/a son determinantes a la hora de concertar el servicio con el cliente.
- c) La independencia o realización por cuenta propia requiere la desaparición del intermediario o proxeneta. Correspondería al trabajador/a pactar directamente con el cliente las condiciones de la ejecución del servicio sexual a prestar, con plena autonomía organizativa, por tanto, sin sometimiento a órdenes o mandatos de otras personas, asumiendo así de manera personal los riesgos económicos y profesionales.
- d) Por último, no cabe duda de que la prostitución cumple con el requisito de la realización de la actividad a título lucrativo, pues de no ser así, no existiría un trabajo. Es más, no se podría hablar ni siquiera de trabajo amistoso ya que, en ese caso, se trataría de relaciones sexuales consentidas.

Del análisis de lo expuesto, queda evidenciado que la prostitución ejercida de manera independiente reúne las cuatro notas que caracterizan el trabajo autónomo y no es una de las prestaciones de servicios declaradas excluidas por el art. 2 LETA.

Por otro lado, como ha señalado la doctrina (POYATOS i MATAS, 2009), como condición especial y añadida, la posibilidad de dar ocupación a otros trabajadores quedaría vedada en esta actividad.

De esta manera las personas que ejerzan la prostitución de forma autónoma tendrían garantizada su protección a través de la Seguridad Social, dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), corriendo a su cargo el pago de las cotizaciones para tener derecho a las prestaciones económicas que pudieran corresponderle (incapacidades temporales o permanentes, accidentes de trabajo, jubilación, etc.), así como el derecho a la asistencia sanitaria (GAY HERRERO, 2007).

## 3.2. LA PROSTITUCIÓN COMO RELACIÓN DE TRABAJO DEPENDIENTE Y POR CUENTA AJENA

A continuación se va a tratar de exponer si la prostitución por cuenta ajena tendría un encaje en la normativa laboral, para lo que es necesario constatar si en esta actividad se dan los elementos que configuran una relación laboral. Además, se analizarán las distintas líneas seguidas por nuestros órganos judiciales y se determinarán otros obstáculos existentes con el fin de lanzar una propuesta de *lege ferenda* que, en mi opinión, podría mejorar la situación de las personas que viven de la prostitución y eliminar o atenuar muchos de los terribles efectos que su mantenimiento en la ilegalidad y clandestinidad conlleva.

### 3.2.1. Las notas delimitadoras de la relación laboral en la prostitución

El punto de partida ha de situarse necesariamente en la comprobación de las notas constitutivas de la relación laboral contenidas en el art. 1.1 ET. En este sentido, voy a seguir los argumentos que sobre esta cuestión expuso la STC 163/2004, de 4 de octubre de 2004. El Tribunal considera que la actuación del propietario de un local en el que se hospedaban mujeres extranjeras que, habiendo entrado en España como turistas, ejercían de forma permanente la prostitución, constituye un delito contra los trabajadores tipificado en el art. 312.2 del Código Penal, que castiga a “*quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”. Así, se señala que “*la Sentencia del Juzgado de lo Penal considera que los hechos probados son constitutivos de este delito contra los derechos de los trabajadores, tras analizar tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de Audiencias Provinciales, conforme a la cual el precepto protege toda relación de prestación de servicios por cuenta ajena con las notas típicas de la relación laboral, con independencia de que el contrato sea válido o nulo o tenga causa ilícita, como sucede en el ámbito de la prostitución. Dicha jurisprudencia se considera aplicable al caso y se afirma - fundamento jurídico tercero- la concurrencia de todos los elementos del tipo, pues el acusado «las empleaba» -a las mujeres colombianas- «en el ejercicio de la prostitución, la relación de alterne y la captación de clientes que acudían al club, imponiéndolas las condiciones de tiempo, lugar, ocasión, horario y precios dichos. No existe ninguna duda a la vista de la jurisprudencia expuesta que estamos ante una prestación de servicio por parte de dichas mujeres de la que se beneficia el acusado y la entidad propietaria del negocio, que es objeto de protección penal, y que puede ser calificada como una re-*

*lación laboral con causa ilícita, aunque no medie contrato escrito de trabajo, pues esa actividad se presta en las dependencias del club, bajo las condiciones impuestas por el acusado, por cuenta y riesgo no de las propias chicas sino del empleador y además se realiza con las notas de habitualidad, dependencia y con un horario y una jornada establecida». Además, se trataba en todos los casos de mujeres extranjeras, que carecían de permiso de trabajo, a las que se emplea aprovechándose de esta situación, «para realizar un trabajo denigratorio» y «bajo las normas y condiciones que les imponía el inculpado, lucrándose con ello. Esta forma de emplear a inmigrantes ilegales revela que se ha hecho de forma consciente y querida, ... no sólo atentando a la dignidad de la persona como tal persona y como potencial trabajador, sino además sabedor el acusado que empleando a las anteriores de este modo, tanto por encontrarnos ante una relación laboral con causa ilícita como [por] carecer las anteriores de permiso de trabajo, se está imponiendo a [las] mencionadas mujeres una situación laboral por debajo de los derechos mínimos legales, de la que se beneficia el empleador que no asume la carga de cubrir los derechos legales de quienes trabajan para ellos»”.*

La conclusión que se extrae es clara, independientemente de otros factores, en la prestación típica de servicios de prostitución por cuenta de otro se dan las notas de ajenidad y dependencia que delimitan la existencia de una relación laboral. Sin embargo, como ya se había anunciado, los tribunales, siguiendo las tesis abolicionistas introducidas en nuestro Código Penal desde su reforma de 2003, consideran que no puede existir una relación laboral en el caso de la prostitución por ser la causa del contrato ilícita.

Ahora bien, aun en los casos en lo que se considera el contrato nulo, existen resoluciones judiciales que, con base en el art. 9.2 ET, posibilitan que se exijan los salarios devengados (STSJ Cataluña, Social, de 16 de septiembre de 2014 y STSJ Madrid, Social, de 17 de septiembre de 2013. Por tanto, en puridad, existiría un contrato de trabajo en el que están presentes todos los elementos que lo configuran, pero que habría que reputar nulo por la ilicitud de la actividad desempeñada. En este sentido, la STSJ, Social, Cataluña, de 2 de enero de 1997, AS 1997\340, es contundente cuando señala que los servicios “*de no traer causa de un contrato nulo, habrían tenido una manifiesta naturaleza laboral (...). Precisamente por ello, el ordenamiento laboral establece (...), la obligación de remunerar el trabajo ya prestado sin hacer distinción alguno, contrariamente a la legislación civil, de cuál sea la causa de nulidad del contrato en cuestión. En suma, afirmada la nulidad del contrato que unió a los contendientes, ello no empece la obligación de la parte demandada de retribuir los servicios que para ella*

*llevó a cabo la actora, sin que sean de aplicación ninguno de los preceptos civiles que se dicen vulnerados, al existir una normativa específica para tales casos en el ámbito del Derecho del Trabajo”.*

### **3.2.2. El trabajo sexual en la doctrina judicial española: prostitución y alterne.**

Una de las formas más habituales de camuflar el ejercicio de la prostitución se realiza a través de los conocidos clubes de alterne. Aunque la labor de alternar, a la que anteriormente se ha hecho referencia, no es sinónimo de prostituirse, es frecuente que se convierta en el medio que conduzca a la prostitución, mantenimiento así relaciones sexuales con los clientes a los que se capta mediante el alterne.

Pues bien, con carácter general, los tribunales laborales españoles distinguen entre la prostitución y el alterne, entendiendo que, mientras que la primera no puede ser objeto de un contrato de trabajo, la segunda sí, siempre, claro está, que se den las notas configuradoras de la relación laboral. De este modo alterne y prostitución no se presentan como una misma realidad ante los ojos de los tribunales laborales.

Pese a que desde la doctrina y las instancias judiciales se ha defendido el modelo abolicionista, impidiendo que la prostitución pueda ser considerada una relación laboral válida, en ocasiones la existencia del alterne ha permitido dotar de protección a las mujeres que ejercían dicha actividad de manera voluntaria. Así, en la STS, Penal, de 8 de marzo de 2004, S. nº. 293/2004, se establece en relación con unas mujeres que eran invitadas a venir a España para realizar en clubes actividades de alterne y de prostitución, que *“estas últimas actividades las realizan coactivamente y mediante explotación... pero la primera de las actividades que voluntariamente vinieron a realizar (alternar en clubes), no consta que se haya efectuado por medio de violencia, coacción o amenaza (...) las declaraciones de las víctimas, las cuales nunca adujeron que la relación de alterne la realizaran por la fuerza. Por todo ello entendemos que sí existió una prestación de servicios de naturaleza laboral”.*

El Informe nº E 1/2010, del Consejo de Estado, sobre las posibilidades de actuación contra los anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita, de 9 de marzo de 2011, constataba esta situación y se hacía eco del reconocimiento por

la jurisprudencia social del carácter laboral de la labor de alterne, frente al criterio tradicional que consideraba ilícita cualquier actividad vinculada o conectada con la prostitución. Además, constata, siguiendo este criterio judicial que el alterne puede ejercerse tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, y que, en este caso, deberá ser considerada una relación de trabajo si se lleva a cabo conforme a las notas de laboralidad que establece el art. 1 ET, como recoge la Sentencia de la sala de lo Social, del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2015<sup>3</sup>.

Pero, en otros casos, se ha llegado a más: se ha afirmado la laboralidad de determinados aspectos de la relación que une a quienes se dedican a la prostitución con los que facilitan el soporte material que la permite. Así, sobre la base de que el alterne y la prostitución no son actividades separables sino inescindibles, existe doctrina judicial (SSTSJ Social, Galicia, de 15 de julio de 2015 y 10 de abril de 2013; STSJ Social, Castilla y León, de 26 de mayo de 2005) que han entendido que la relación que une a la empresa y las mujeres que practican el alterne y la prostitución es laboral respecto de la primera incluso siendo inseparables ambas actividades. Sin embargo, este criterio es rechazado en otras resoluciones judiciales como la STSJ Social, Castilla-León/Valladolid, de 5 de enero de 2015.

Esta diferencia ha trascendido el orden social, dado que también se ha acogido en otros órdenes jurisdiccionales. Por ejemplo en la jurisdicción contencioso administrativa, en los supuestos de expulsión de extranjeros del territorio nacional por carecer de medios lícitos de vida. En estos casos, los tribunales admiten la licitud de la actividad en los que lo que quedaba acreditado era el ejercicio del alterne, mientras que se rechazó cuando lo constatado era el ejercicio de la prostitución. (FITA ORTEGA, 2007: pp. 203-204).

Resulta curioso constatar como los tribunales deben limitarse a comprobar la laboralidad del alterne, sin entrar a valorar si la hay en la prostitución, incluso llegan a admitir la acumulación de las dos, con la contradicción de que si una ellas es ilícita, también lo debería ser la otra

Los jueces mayoritariamente han buscado poder dotar de protección a las prostitutas haciéndolo a través de la figura del alterne. Pero esa protección no ha podido ser prestada en los casos en que las mujeres únicamente ejercían la prostitución. En este sentido la STSJ, Social, Baleares, de 9 de enero de 1992, AS 1992\201, da cuenta

---

3 Véanse entre otras STSJ Navarra, Sala Social de 1 de septiembre de 2015 y STSJ Castilla-León / Valladolid, Sala Social de 23 de noviembre de 2015

de la desprotección a la que se somete este colectivo cuando señala que, *“siendo la prostitución una actividad ilícita, no es accidente de trabajo el sufrido por una prostituta al ser trasladada a su domicilio desde el local donde ejercía la prostitución.*

La última vuelta de tuerca sobre esta espinosa y controvertida cuestión la ha dado la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 33 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, en la cual se considera que la relación existente entre las mujeres que ejercían la prostitución en un centro de masajes eróticos y la propietaria de éste era de carácter laboral. Se trata por tanto de la primera vez que un juez reconoce la laboralidad de la prostitución por cuenta ajena.

El pleito se inició de oficio a instancias de la Tesorería General de la Seguridad Social, al entender que la prestación de servicios de las trabajadoras (prostitutas) para la propietaria del centro de masajes eróticos era de naturaleza laboral. Por su parte la empresaria argumentó que se limitaba a arrendar habitaciones a las mujeres y que éstas ejercían la prostitución por cuenta propia.

En el juicio, la cuestión objeto de debate se centró en la determinación de la existencia o no de una relación laboral, es decir si los servicios se prestaban por cuenta propia o por cuenta ajena.

En primer lugar, el juez analiza la distinción entre alterne y prostitución y, como no podía ser de otra manera, reconoce que no existen precedentes jurisprudenciales que declaren la existencia de relación laboral en la libre prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena, pero innumerables que sí que la han apreciado en el alterne. En el acto del juicio quedó demostrado que la actividad que desarrollaban las mujeres era de prostitución por cuenta ajena y no de alterne. El juez en su discurso analiza los obstáculos existentes para reconocer la laboralidad de este tipo de prostitución manejados tanto por los tribunales como por la doctrina científica, especialmente la cuestión de su ilicitud.

De esta manera, frente a la anteriormente normativa civil y penal sobre la ilicitud de la actividad, en la sentencia se argumenta que con base en la mayoría de la doctrina científica y la evolución de la jurisprudencia, cabe sostener la conclusión contraria. Al respecto se hace cita expresa de la STS, Penal, de 14 de abril de 2009, S. nº. 425/2009, que, como se ha señalado anteriormente, modificando el criterio previo reconoció que el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena no constituye delito. En la misma línea se hace mención de la STS, Penal, de 5 de junio de 2006, S. nº 651/2006, en base a la cual solo cabría hablar de delito de “explotación sexual” cuando existan condiciones abusivas de trabajo, y la STS, Penal, de 8 de abril de

2008, S. n.º 152/2008, que se refiere a la “explotación sexual lucrativa” cuando hay “grave riesgo para los derechos”. Estima el juez que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo asume restrictivamente el delito de proxenetismo, con el argumento de que no cabe asociar la misma pena a los actos violentos e intimidatorios que a la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Por consiguiente, solo estaría penalmente prohibido el proxenetismo en el marco de la prostitución forzada y no la ejercida con el consentimiento de la persona que se prostituye.

Por ello, como en el caso objeto del conflicto, no se apreció que existiera coacción o intimidación, ni que existieran condiciones abusivas de trabajo o grave riesgo para la salud, se llega a la conclusión de que no existe ningún obstáculo para el reconocimiento de la laboralidad al no ser ilícitos ni el objeto ni la causa.

En cuanto a la posible lesión de derechos fundamentales y la existencia de un atentado a la dignidad de la persona, el juez, partiendo de la STC, de 27 octubre de 2003, S. n.º 192/2003, que estima que “*la dignidad del trabajador debe ser entendida como el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre...*”, entiende que resulta inaceptable que esta teoría general pueda ser olvidada para la actividad concreta que es el trabajo sexual. Así, añade que mientras el Estado español siga ofreciendo cobertura legal al proxenetismo, vía reglamentación administrativa y despenalización aplicativa, sin el ofrecimiento de cobertura específica al ejercicio de la prostitución se agrava el atentado a la dignidad, a la libertad y a la discriminación por razón de sexo. Que la situación de “alegalidad” y el no reconocimiento de la laboralidad de la prostitución suponen agravar la lesión de la dignidad, de la libertad y de la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena para la mayoría de las mujeres que la ejercen. Resulta sorprendente que el juez sea el único que haya entendido que lo dispuesto en los artículos 1255, 1271 y 1275 CC, en relación con el 188.1 CP, no impide considerar como laboral la actividad de prostitución por cuenta ajena. Al igual que a pesar de que en su sentencia cita hasta 14 convenios, recomendaciones, declaraciones y resoluciones de organismos internacionales contrarias a que se reconozca la citada laboralidad, este juez ha reconocido ese carácter en la prostitución por cuenta ajena.

### **3.2.3. Relación laboral común vs. relación laboral especial**

Como conclusión a este punto, considero, como muchos autores, que las peculiaridades de esta actividad hacen necesaria que su regulación se efectúe a través una relación laboral de carácter especial, como expongo a continuación.

El dotar a la prostitución de un status laboral, con el objeto de proporcionar a las personas que la ejercen la debida protección jurídica, no significaría que el Estado estuviese promoviendo una moral sexual específica. Observando la realidad sociolaboral que nos rodea, encontramos determinadas actividades que están plenamente reconocidas y dotadas de cierta protección social, entre ellas, los clérigos de la Iglesia Católica y ministros de otras confesiones religiosas, que están incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, sin por ello entender que el Estado promocióne estas actividades, (FITA ORTEGA, 2009: 91-107).

Con la finalidad de evitar la imposición de condiciones abusivas por parte de los empresarios y de proteger los derechos sociales de las trabajadoras sexuales como asalariadas, existe la posibilidad de regular el trabajo por cuenta ajena mediante una relación laboral de carácter especial, en el marco del art. 2 ET, que permita la adaptación de las normas laborales generales a las peculiares necesidades y características del colectivo de personas que se dedican a la prostitución. Ello requeriría una habilitación expresa mediante una ley, conforme establece el art. 2.1.1) ET.

Se trata de concebir la relación de dependencia, inherente a los contratos por cuenta ajena, en términos muy restrictivos, los poderes de decisión del empresario no pueden ir más allá del cumplimiento de las obligaciones de permanencia en el lugar de trabajo durante el horario pactado. Sería el trabajador el que elegiría a los clientes y el tipo de prestación sin quedar sometido a posibles reclamaciones por inadecuado cumplimiento o rendimiento insuficiente. (MAQUEDA ABREU, 2010: 2).

En el desarrollo de la relación laboral especial mediante reglamento deberían diseñarse, con la mayor claridad posible, todos los aspectos que la conforman (ámbito de aplicación, régimen de jornadas, vacaciones, descansos, régimen retributivo, lugar de trabajo, causas de suspensión y extinción de la relación laboral, prevención en riesgos laborales, etc.).

A los ya enunciados con anterioridad, se debe añadir algún otro, como por ejemplo que el contrato debiera hacerse siempre por escrito, y en ese contrato detallar con la máxima claridad las prestaciones sexuales que acepta desarrollar el trabajador y las que rechaza de plano, la formación profesional ocupacional o continua, la negociación colectiva así como el efectivo despliegue de los derechos sindicales (LÓPEZ i MORA, 2007).

Otra cuestión importante a tener en cuenta se refiere a las ofertas de trabajo. En el caso de prostitutas desempleadas no podría funcionar como en el resto de ofertas de trabajo. A nadie se le puede obligar a aceptar un trabajo en el sector de la prostitución, bajo amenaza de sanción de suspensión o pérdida de sus prestaciones por desempleo.

Ya sea regulando el trabajo autónomo o mediante una relación laboral de carácter especial se conseguiría reconocer los derechos laborales a un colectivo que, como tal, carece de los mismos que disfrutan el resto de colectivos. Abocar esta profesión al ostracismo, al limbo jurídico, sí que es otorgar un trato discriminatorio a este colectivo. Si la prostitución en sí misma no es sancionable, no es contraria al orden público, no es un medio ilícito de vida y es aceptada como actividad económica, no quedan otros argumentos salvo los de índole moral o ético que sustenten la ausencia de regulación.

Si el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena es denigrante para la mujer, si comerciar con su cuerpo es indigno, también debería serlo cuando se hace por cuenta propia ya que hablamos de comerciar con el cuerpo independientemente de que se lucre un tercero. Si se trata del mero hecho de comerciar con el cuerpo se debería prohibir en cualquiera de sus facetas.

Que por mi parte se plantee la necesidad de regular el ejercicio de la prostitución no significa que ello suponga el fin de las actuaciones de los poderes públicos. Mi postura va más allá, debería perseguirse y castigarse de manera contundente a los que prostituyen a las mujeres en contra de su voluntad. Del mismo modo se deberían invertir recursos tanto económicos como humanos en formación para las prostitutas con la finalidad de que aquellas que ejercen la prostitución por necesidad, por no tener otra alternativa, puedan optar a otro tipo de trabajos.

### **3.2.4. La necesaria reforma de la norma penal vigente**

Tras la reforma del Código Penal de 2003, se reintrodujo como delito la conducta de quien “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, lo que genera a opinión del Profesor Cancio Meliá, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, una situación de gran inseguridad, ya que al utilizar la palabra “explotar” no queda claro si la ley incrimina a cualquiera que intervenga y obtenga beneficios o, por el contrario, sólo a quien abuse de su posición para explotar indebidamente a la persona prostituida (CANCIO MELIÁ, 2010).

Ya he comentado con anterioridad que durante la elaboración de este artículo, se dictó la sentencia del Juzgado de Barcelona, que declaraba que la relación existente entre las mujeres que ejercían la prostitución en un centro de masajes eróticos era de carácter laboral. En ese momento mi opinión era que, sin ningún género de dudas, para poder regular el ejercicio de la prostitución como actividad susceptible de realizarse por cuenta ajena, debía necesariamente modificarse el artículo 188.1 CP, mediante la supresión del inciso segundo que castiga “*a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma...*”. Aún a la vista de la citada sentencia, mi opinión no ha cambiado y sigo considerando que es necesaria la modificación del CP. De hecho, a mi modesto entender, sí se hubiera recurrido la meritada sentencia, los tribunales no hubieran ratificado el fallo. No hay más que ver que, pese al gran volumen de litigios sobre esta materia, hasta el momento, ningún tribunal ha dictado sentencia en los términos que lo ha hecho la dictada por el Juzgado de Barcelona. Es más, desde el Derecho Penal sobre todo por la mayoría de la jurisprudencia, cuando se aplican los tipos delictivos contra los derechos de los trabajadores, se ha adoptado un concepto de trabajador que debemos entender como concepto material pues no se fija en las notas de laboralidad del art. 1.1 ET, sino que atiende a los trabajadores como clase, grupo social o colectivo (REY MARTÍNEZ y otros, 2004, p. 112).

Además de lo anterior, para poder regular la prostitución como actividad por cuenta ajena, se debería denunciar el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, ratificado por España en 1962, que compromete a los países firmantes a castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona, o explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona.

Llegado a este punto, si se modificase la normativa penal, se denunciase el Convenio y a la vista de que en la actividad de la prostitución se pueden dar las notas delimitadoras de la relación laboral, no existiría obstáculo para poder regularla como tal. Sin embargo, el que suscribe, no cree que esté próxima la posible regulación de la prostitución como trabajo por cuenta ajena. Esta consideración la sustento sobre la base de que, en el período comprendido entre 1995 y 2003, no existía impedimento para la regulación de la prostitución ya que el proxenetismo no estaba penado, lo que me lleva a pensar que además de los posibles impedimentos legales que puedan existir, las trabas definitivas vienen motivadas por condicionantes morales e ideológicos.

## 4. CONCLUSIONES

Resulta llamativo que no exista obstáculo alguno en calificar de relación laboral la que vincula a los actores de cine porno con su productora o la de las personas que mantienen relaciones sexuales para deleite de terceros en locales de espectáculos y, por el contrario, el ejercicio de la prostitución se considere cuanto menos alegal, cuando realmente nos encontramos ante una actividad similar que permite el lucro de un tercero, sea el productor o el dueño del local de espectáculos.

Debemos plantearnos si realmente se vulnera la dignidad de la persona cuando la decisión de prostituirse es un ejercicio voluntario de la mujer o del hombre.

La prostitución para la que se deben reivindicar derechos laborales es únicamente para la prostitución no forzada. Cada vez son más los colectivos, sobre todo de mujeres, que propugnan por un nuevo enfoque de la prostitución. No debe olvidarse que la prostitución supone una estrategia de supervivencia para las mujeres que les proporciona mayores ingresos e independencia económica de los que alcanzaría en otros puestos de trabajo más precarios y con peor remuneración, que en nuestra sociedad suelen ser los reservados principalmente para las mujeres. No se debe abordar el tema de la prostitución desde una perspectiva caduca y anclada en el pasado ni considerar que todas las mujeres que practican la prostitución son seres indefensos y débiles.

El objetivo de erradicar la prostitución no debería de complicar más aún la vida de la mujeres que se la gana con ella. Aunque el número de mujeres que se dedican a la prostitución de manera voluntaria fuera reducido merecen que se regule su ejercicio para poder contar con protección social. El camino hacia la erradicación no se alcanza a través de la invisibilidad de la prostitución sino con la formación de las mujeres, con el establecimiento de alternativas laborales y ayudas sociales que permitan el abandono de la actividad. Junto a la prostitución existen otros muchos trabajos penosos, como la minería, pero a nadie se le ocurre que debieran estar prohibidos. Se suele decir que las mujeres que se prostituyen lo hacen por una situación de necesidad pero no deja de ser cierto que también existen profesiones que se llevan a cabo por la misma causa y no por ello se cuestiona su ejercicio.

Pese a contar con todos los ingredientes para poder acometer la regulación de la prostitución en el sentido que se considere oportuno, ninguno de los gobiernos que ha habido hasta el momento se ha atrevido a ello, de hecho cuando los países se deciden a regular en el ámbito de la prostitución suele ser con fines recaudato-

rios, de orden o de salud pública pero no buscando proteger los derechos de las personas que se prostituyen. Sirva de ejemplo el Decreto 217/2012, de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, que recoge en su artículo 2 que *“se considera prestación de servicios de naturaleza sexual, la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia”* o, en la Comunidad Valenciana, el Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero de 2005, del Consell de la Generalitat, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Tasas con objeto de gravar la inscripción en el registro de locales o inmuebles de pública concurrencia a los que se haya concedido autorización específica para el ejercicio habitual en los mismos de actividades de prostitución. Es decir, de alguna manera se regulariza la prostitución aunque sea de forma tributaria principalmente.

Como ya se ha dicho, si el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena es denigrante para la mujer, si comerciar con su cuerpo es indigno, también debería serlo cuando se hace por cuenta propia ya que en ambos casos nos encontramos ante el hecho de comerciar con el cuerpo.

Es preciso que las personas que se dedican a la prostitución cuenten con derechos y protección. Abocar esta profesión al ostracismo, al limbo jurídico, sí que es otorgar un trato discriminatorio a este colectivo. Negar el derecho a decidir libremente que profesión se quiere ejercer sí que supone coartar la libertad del individuo. Se les están negando derechos tan necesarios como el recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva. No sería tan extraño ni tan descabellado regular en esta materia, no olvidemos que países desarrollados tienen regulación al respecto.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- CANCIO MELIÁ, M. (2010, 3 de febrero). Prostitución y Derecho Penal. En El País (en línea). Consultado el 21/05/2015: [http://elpais.com/diario/2010/02/03/opinion/1265151613\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/02/03/opinion/1265151613_850215.html)
- CARMONA CUENCA, E. (2007). ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales? En SERRA CRISTÓBAL, R. (coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- FITA ORTEGA, F. (2007). El trabajo sexual en la doctrina judicial española. En SERRA CRISTÓBAL, R. (coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- FITA ORTEGA, F (2009). La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual. *Revista de Derecho Social*, núm. 47.
- GAY HERRERO. S. (2007). Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales. En SERRA CRISTÓBAL, R. (coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ DEL RIO, J. M. (2013). El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo, Granada: Editorial Comares.
- LÓPEZ MORA F.V. (2007). Prostitución y estatuto profesional. En SERRA CRISTÓBAL, R. (coord.), *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2010). Hacia una justicia de derechos. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalización de la prostitución. *Diario La Ley*, núm. 7363
- MAQUEDA ABREU, M. L. (2012). Hacia una Justicia de los Derechos. En VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Prostitución: ¿Hacia la legalización?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- OSBORNE, R. (1998). Debates actuales en torno a la pornografía y a la prostitución. *Estudios sobre la mujer. Papers revista de sociología*. Vol 30
- POYATOS i MATAS, G. (2009). *La prostitución como trabajo autónomo*, Barcelona: Editorial Bosch

- POYATOS i MATAS, G. Magistrada del Juzgado de los Social 1 de Arrecife y Decana de los Juzgados de Lanzarote. Entrevista telefónica grabada, realizada el 27 de mayo de 2015.
- PUCIARELLO, M (2007). Apuntes sobre el tratamiento jurídico de la prostitución. En DELGADO DE SMITH, Y y GONZÁLEZ, M.C., *Mujeres en el mundo: historia, revoluciones, dictaduras, trabajo, religión y poesía*. Valencia: Editorial Lainet.
- REY MARTINEZ. F y otros (2004). *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- SANCHIS, E. (2011). Prostitución voluntaria o forzada. Una contribución al debate. *Revista Papers*, núm. 96/3.
- VILLACAMPA, C. y TORRES, N. (2013). Políticas criminalizadoras de la prostitución en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-6.

---

## ENVÍO Y ACEPTACIÓN DE ORIGINALES

Quienes estén interesados en hacer llegar sus originales a la revista ***Quaderns de Ciències Socials*** pueden remitir una copia de los mismos en formato electrónico a la dirección [juan.a.altés@uv.es](mailto:juan.a.altés@uv.es).

Los originales tendrán una extensión no superior a 25 páginas (fuente: arial o times new roman de 12 puntos; interlineado: 1,5) y deberán incluir un *abstract* y cinco palabras clave en castellano e inglés.

Todos los originales recibidos, una vez aceptados por el Consejo de Redacción, se remitirán a un experto del área de conocimiento, ajeno al consejo editorial. Su informe que recomendará la publicación (con o sin modificaciones previas a la misma) o no del trabajo tendrá en cuenta el interés y la novedad de la materia, así como su trascendencia práctica, y aspectos tales como la estructura, la bibliografía y el rigor científico del desarrollo y las conclusiones de los trabajos

El Consejo de Redacción, con base en estos informes, seleccionará los originales que compondrán cada número de la revista, notificándolo a los autores de los mismos.

Si en un plazo de seis meses desde el envío de un original no se ha procedido a notificar sobre su aceptación o rechazo el autor podrá disponer libremente del mismo.