



**Análisis
jurisprudencial y
tratamiento legal de
los servicios sexuales.
Sobre la regularización
o no de la prostitución**

**Laura Hernández
Navarro**

RESUMEN

Hoy en día hablar sobre la regularización o no del trabajo sexual supone entrar en un dicotómico debate y de posiciones enfrentadas entre las principales ramas del feminismo. El abolicionismo y el regulacionismo se encuentra en un enfrentamiento de posiciones y argumentos a favor o en contra de la prostitución y/o el trabajo sexual. Mientras para unas, la regularización supone legitimar la explotación sexual del hombre contra la mujer, para la otra postura, el trabajo sexual es una expresión de la libertad de cada mujer a hacer uso y lucro de su propio cuerpo. Esta lucha ideológica y de posiciones sobre que es el trabajo, la libertad o la dignidad, se alejan del análisis de la realidad jurídica y práctica en la que muchas mujeres se encuentran. El presente trabajo busca realizar un análisis desde una perspectiva jurídica y laboral para estudiar casos y realidades, que evidencian las contradicciones que presenta este ámbito en el tratamiento legal. Y así poder valorar otro posible enfoque o postura a la encrucijada en la que se encuentra la prostitución dentro del feminismo.

Palabras claves: *Prostitución, Trabajo sexual, Derechos laborales, Jurisprudencia, Feminismo*

ABSTRACT

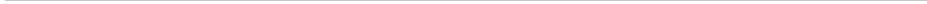
Nowadays, to talk about the regularization or not of sex work it takes to enter into a dichotomous debate and confrontational positions between the main branches of feminism. Abolitionism and regulationism find themselves in a confrontation of issues for or against prostitution and sex work.

Whereas some people consider that, regularization means legitimizing the sexual exploitation of men against women. On the other hand, many people consider that, sex work is an expression of the individual freedom of each woman to use and take advantage of her own body.

This ideological and different points of view battle on what is work, freedom or dignity, are far away from the reality in which many women find themselves involved.

This essay tries to carry out an analysis from a legal-labor perspective in order to study specific cases and legal realities, which show the contradictions that this area presents in the legal treatment. And consequently to be able to evaluate another possible approach or position to the crossroads in which prostitution and sex work are found in within feminism

Keywords: *Prostitution, Sex industry, Labour rights, Jurisprudence, Feminism.*



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y TRATAMIENTO LEGAL DE LOS SERVICIOS SEXUALES. SOBRE LA REGULARIZACIÓN O NO DE LA PROSTITUCIÓN*

Laura Hernández Navarro

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humano

Facultad de Ciencias Sociales/ Universidad de Valencia

Entregado: 7/06/2021 Aprobado: 17/06/2021

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, hablar sobre la posible regularización de la prostitución o posicionarte en el dicotómico debate de cómo abordar esta cuestión, se ha vuelto un deporte de riesgo. Riesgo de enfadar a una de las dos grandes líneas que plantean qué hacer al respecto. Este enfrentamiento impide dar salida al problema y ha provocado un estancamiento de las decisiones políticas a tomar para abordar el problema, que no ayuda a proteger la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en la realidad. Todas estas posturas ideológicas, muchas opuestas y contrarias, han provocado un enfrentamiento dentro del movimiento feminista. Han colocado en una encrucijada el debate y las decisiones sobre qué hacer al respecto, dejando que los enfrentamientos impidan dar una salida real al problema.

Dentro del feminismo, las dos principales posturas o modelos ideológicos en cuanto a la prostitución son el abolicionismo y el regulacionismo. Para las posiciones abolicionistas, hablar siquiera de la posibilidad de otorgar cualquier tipo de derecho laboral a las prostitutas, supone legitimar la explotación sexual del hombre sobre la mujer. Para esta línea del feminismo, la prostitución en sí, es una forma más de la violencia sobre las mujeres. No diferencian entre prostitución libre o forzada puesto que en ninguno de los casos la libertad es pura, ya que consideran que son las situaciones de exclusión social y pobreza las que llevan a tomar la decisión de

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” y deriva de un Trabajo de fin de Grado dirigido por Celia. Fernández Prats

ejercer la prostitución, colocando a la mujer en la posición de víctima del sistema. Entienden que el discurso hegemónico y funcional del sistema neoliberal es considerar la prostitución como algo inevitable y parte del orden natural imposible de erradicar, escondiendo así su origen patriarcal (Cobo Bedia, 2019). Según Rosa Cobo (2019), la industria del sexo se ha desarrollado sobre tres ejes de poder, el patriarcado, el sistema capitalista neoliberal y el sistema racial o cultural. Desde este análisis, ven la prostitución como una institución patriarcal al igual que el matrimonio o la familia, que garantiza el acceso sexual de los hombres sobre las mujeres y que el capitalismo y la globalización ha fomentado para su lucro económico.

El abolicionismo, considera la prostitución desde una perspectiva más global y no individualizada. La prostitución y la sujeción sexual en general de las mujeres, produce un efecto negativo no solo a la mujer que la ejerce, sino a todo el conjunto de mujeres como grupo ya que consolida la idea de que la función principal de las mujeres es estar al servicio sexual de los hombres (Cobo Bedia, 2016). Para estas autoras la prostitución no es una cuestión individual, sino un problema político que se debe analizar dentro de las demás estructuras de poder y como institución social que legitima la explotación sexual del cuerpo de la mujer por parte de los hombres. La “ideología de la prostitución” que así lo denomina la autora Ana de Miguel (2014), legitima y normaliza el derecho de los hombres a satisfacer sus deseos sexuales. Para la autora, el acceso al cuerpo de una mujer a cambio de un precio convierte a la mujer en mercancía, la cosifica, conduciendo a la pérdida de su autonomía sexual. Para el abolicionismo la prostitución en esencia atenta directamente contra la dignidad de las mujeres.

Desde el regulacionismo se defiende la legalización de la prostitución y la regularización de la situación de quienes la ejercen de forma libre. Se reivindica la libertad sexual como expresión de la libertad de sus propios cuerpos, y ponen el foco del trabajo sexual en que es una realidad individual que la legislación y la política de hoy les niega. Consideran que es la moral sexual impuesta por la sociedad la que impide que se considere un trabajo más (Tirado Acero, 2011). Según esta postura las normas, más que proteger están para moralizar, permitiendo así la estigmatización de las mujeres que la ejercen y por otro lado “disuadir al resto de mujeres, de apartarse de la norma” (Juliano, 2005, p. 82). Según esta autora se estigmatiza a todas las mujeres por la utilización de su sexualidad fuera de las normas establecidas como correctas y se presiona para empujar a las mujeres a ser correctas. Dentro de esta línea, se entiende que reconocer la capacidad de las mujeres de ganar dinero a partir de su sexualidad rompe con la moral social, por lo que el cuerpo es un “vehículo político de reivindicación social” (Tirado Acero, 2011, p. 133). Critican que la sociedad es hipócrita al permitir regularizar otros aspectos de la industria del sexo, pero no abiertamente el trabajo sexual.

Una tercera rama, la línea proderecho reivindica la posibilidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de todas estas mujeres mediante su regularización y legalización. Consideran que la situación de alegalidad en la que se encuentran hoy miles de mujeres no ayuda a salir de dicha encrucijada. Encontramos discursos que no se centran en reivindicar la prostitución como un ejercicio de libertad sexual, sino que se limitan a analizar la situación desde el punto de vista de la vulnerabilidad en la que se encuentran muchas mujeres, y la necesidad de otorgarles derechos para mejorar su situación. Consideran que las leyes, ordenanzas y políticas públicas que hoy regulan la prostitución, en su mayoría normas de tipo penal y administrativo, lo único que provocan es más exclusión y expulsión de las zonas más seguras a las mujeres que la ejercen, provocando una mayor vulnerabilidad (Barroso y Cordero, 2020). Es por eso, que consideran el derecho y las normas, una herramienta para mejorar su realidad, otorgando alternativas o al menos no empeorando las que ya tienen. Dolores Juliano afirma que muchas de las mujeres consideran ésta una actividad más entre otras posibles, y como una opción económica y no moral (Juliano, 2005). La autora incide en que debemos elegir bien el ángulo desde el que miramos el problema, y no desde la moralidad, sino desde lo económico, y cómo las presiones socioeconómicas que llevan a muchas mujeres a elegir unos trabajos u otros no sólo afectan al trabajo sexual, sino que afecta a todo el conjunto de la inmigración femenina. Igual ocurre en la feminización del trabajo doméstico que también cuenta con una larga tradición de no regularización laboral. Según esta autora, las leyes de extranjería en nuestro país, “obliga a muchas mujeres a ganarse la vida en ámbitos de trabajo precario y economía sumergida” (Juliano, 2005, p. 90), incluido el trabajo sexual. Esta violencia institucional que declara como profecía autocumplida, hace que la falta de permisos de trabajo las lleve a escoger trabajos no regularizados (no solo el trabajo sexual), que a su vez impide, al no estar reconocidos como trabajos, conseguir regularizar su situación legal (Juliano, 2005).

La clave para entender la principal diferencia de prisma de las dos principales posiciones es la realidad desde la que miran el problema la una y la otra. El abolicionismo analiza la prostitución desde una realidad colectiva o global priorizando o enfatizando en la raíz u origen patriarcal de la prostitución y lo que conlleva su legalización. Además, cómo el resto de los ejes o formas de opresión, el capitalismo y el sistema racial inciden por triplicado en las mujeres que la ejercen (Cobo Bedia, 2019). Perder el debate político de fondo y legalizar la prostitución supone legitimar un sistema patriarcal y ceder al liberalismo económico, para que otros se lucren del acceso sexual al cuerpo de las mujeres. En este sentido, plantean el problema como un problema político y de trasfondo social, que no solo afecta a las mujeres prostituidas sino a todas las mujeres en la medida que seguimos legitimando desigualdades sexuales y aceptamos una sociedad patriarcal.

El regulacionismo mira la prostitución desde una realidad individual, focalizando en el derecho individual de cada mujer a decidir, a ser sujeto de derechos y a su capacidad de decidir cómo llevar su vida. Entiende que en el mundo en el que vivimos, las decisiones laborales nunca son del todo libres, que la prostitución es una opción más y negar su regulación es atentar contra sus derechos. Esta diferencia, provoca la gran confrontación entre ambas posturas, debido a que en la medida que aceptar las exigencias o peticiones de un lado, supone perder o atentar contra las del otro.

La disonancia principal que encontramos en el posicionamiento a favor o no de su regularización, gira en torno a la idea de “libertad” de ejercicio y de “consentimiento”. Para el lado regulacionista un factor primordial es el derecho de cada mujer a decidir cómo usar su propio cuerpo y por tanto hacer uso de él para el ejercicio libre y legal de la prostitución. Mientras que el abolicionismo, pone el foco en que la de decisión está sujeta a factores de clase, raza y género, haciendo imposible la libertad real de decidir en la medida en que se ven obligadas a ello por situaciones sociales de necesidad. A pesar de que hay muchos puntos en común, -el rechazo al tráfico de personas con fines de explotación sexual, la demanda de intervenciones penales para el tráfico de personas, la necesidad de luchar contra el estigma de la prostituta y su imagen social, disminuir su situación de vulnerabilidad...- (López Precioso, 2007), las grandes disidencias en la valoración de la existencia de voluntad o no, la reivindicación de que se considere un trabajo más o por el contrario su consideración cómo una forma de violencia contra la mujer (Cobo Bedia, 2019), hace imposible la convergencia de posturas o acciones sobre qué hacer al respecto, hasta el punto de generar situaciones de fuerte enfrentamiento entre diferentes ramas del feminismo.

Y es que, siguiendo la línea abolicionista, si entendemos toda prostitución como una forma de violencia contra la mujer, y entendemos que la libertad de ejercicio nunca puede ser total, la lectura jurídica y el análisis doctrinal debe ir en consonancia y por tanto no reconocer ningún tipo ni forma de prostitución ya que siempre será considerada explotación de la mujer. Si como entiende y argumenta el abolicionismo, la prostitución aun ejercida de forma libre es concebida como una explotación sexual y violencia contra el cuerpo de la mujer, no podría esta nunca ser reconocida como actividad lícita para ser reconocida jurídicamente.

A nivel jurídico son numerosas las sentencias, en las que, se reconoce el ejercicio de la prostitución siempre que el consentimiento no haya sido viciado, y sea ejercida por cuenta propia. Este sentido que le otorga la jurisprudencia de reconocimiento o más bien tolerancia cuando se ejerce de forma autónoma, coloca a la prostitución en una situación de alegalidad, ya que, a pesar de ser reconocida, no

está ni legalizada ni regularizada. La prostitución se encuentra en una situación de contradicciones jurisprudenciales y doctrinales que hacen difícil su tratamiento legal. Más allá del debate filosófico o político de fondo sobre la voluntariedad o libertad de su ejercicio, en este trabajo pretendo estudiar las situaciones reales y realizar un análisis jurisprudencial de cómo se aborda en los tribunales el problema, analizando las diferentes sentencias desde el punto de vista laboral e intentar encontrar un punto en común entre ambas posiciones desde la herramienta del derecho laboral.

2. CONTEXTUALIZACIÓN. TRATAMIENTO LEGAL

2.1. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL. LIBERTAD Y DIGNIDAD

El artículo 35 de la Constitución Española establece “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio...*”. Según Fernando Fita (2009), la libertad puede ser entendida de maneras diferentes: en un sentido negativo, no verse obligado a realizar un trabajo no deseado, punto de vista del que parten las abolicionistas. Y desde un sentido positivo, libertad de decisión y libre ejercicio de una profesión, precepto constitucional en el que se basan las regulacionistas. Otro factor importante en el análisis del derecho constitucional es la protección de la libertad sexual, así como la libertad individual y el derecho a la intimidad. Este precepto, impide que el derecho penal intervenga en el ámbito de las prácticas sexuales consentidas (Fita, 2009). Teniendo en cuenta que el límite de la libertad individual es el perjuicio a terceros o el menoscabo de la dignidad, en la práctica la prostitución, desde el punto de vista jurídico, tiene su límite legal en el consentimiento de la mujer. Siguiendo este análisis, el derecho constitucional, protege pues, la libertad individual de elegir ejercer la prostitución, en términos de libertad sexual como de libertad individual y la libertad de ejercer elegir oficio o profesión, siendo su único límite penal la voluntariedad o consentimiento de la persona que lo ejerce.

Dado que, en el marco del derecho constitucional y la libertad de ejercicio, si se da de forma voluntaria la prostitución no está prohibida, nos encontramos ante un reconocimiento parcial o, mejor dicho, de no prohibición expresa, pero a su vez no reconocida ni regularizada como una actividad legal. Aquí nos encontramos la encrucijada y paradoja en la que se halla la prostitución en el marco normativo actual.

Otro elemento clave, es la cuestión de dignidad. El artículo 10 de la CE establece cómo derecho fundamental “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. El lado abolicionista entiende que el menoscabo a la dignidad de la persona es inherente al ejercicio de la prostitución y por tanto nunca puede ser considerada un trabajo más ya que atenta directamente contra el cuerpo de la mujer, aunque afirmen haberlo elegido de forma libre. El Tribunal Constitucional entiende por dignidad, “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” (Fita, 2009, p.99).

El análisis que el autor hace es que el concepto de dignidad se pone en relación con el concepto de libertad en su sentido positivo, entendida la dignidad como la libertad y “libre desarrollo de la personalidad” (Fita, 2009, p.99). “En una sociedad en la que la participación en el mercado laboral remunerado es el medio principal de adquirir derechos y deberes” (Juliano, 2005, p.82), negar los derechos laborales es una forma de violencia simbólica que atenta contra la dignidad del trabajo y por tanto de las mujeres que lo ejercen. En la medida que las mujeres no tienen derechos, dependen del resto y entonces se les niega la autonomía y la capacidad de autodeterminación y decisión de sus vidas (Juliano, 2005), rompiendo de esta forma con el concepto constitucional de dignidad. Según esta autora, solo acabando con la desprotección se puede garantizar una verdadera libertad, y es mediante una cobertura legal apropiada lo que permite el empoderamiento. Para el regulacionismo la consideración de víctimas del sistema a todas las mujeres que ejercen la prostitución supone negarles capacidad y autodeterminación y desproverlas de derechos reales, y por tanto de dignidad (Juliano, 2005).

Como he mencionado, nuestro ordenamiento jurídico y principalmente el derecho constitucional, considera la libertad de ejercicio de la prostitución dentro del marco de la libertad sexual y de la libertad de ejercicio de actividades económicas en sentido positivo. Por tanto, nuestra legislación no prohíbe el ejercicio de la prostitución puesto que otorga libertad de decisión de la persona -siempre que sea de forma autónoma y voluntaria-, pero tampoco la legaliza o regulariza de forma expresa, por lo que la coloca en una situación de alegalidad. Esta situación de alegalidad deja a la prostitución sin el reconocimiento de derechos, teniendo únicamente normas que regulan algunos aspectos, pero todas de tipo penal y administrativo (Barroso y Cordero, 2020).

2.2. TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO

Entre las normas administrativas que afectan a la prostitución encontramos, en primer lugar, la L.O 4/2000 de 11 de enero, que en su artículo 59 bis, regula los casos de víctimas de trata de seres humanos. Este artículo menciona la situación de personas extranjeras en situación irregular en caso de ser víctimas de trata:

“Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente”.

Declara que, en los casos de ser víctimas de red de trata, la administración puede darles permiso de residencia y eximirlos de responsabilidades administrativas, pero solo en los casos en que colabore para la determinación de responsabilidades para la red de trata ya que después el mismo artículo añade:

“La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social”.

Cómo vemos, se menciona únicamente la situación irregular de las personas que son víctima de redes de trata sin mencionar la posible situación irregular de mujeres en la prostitución no víctimas de redes criminales. En los casos de mujeres inmigrantes no regularizadas sin permiso de trabajo o residencia, quedan incluidas en esta ley como inmigrantes irregulares, quedando inmersas en la interminable espiral de necesitar permiso de residencia para conseguir trabajo y tener que trabajar para conseguir la residencia. Situación paradójica que obliga a muchos inmigrantes, por no decir la mayoría, a ganarse la vida en trabajos precarios y de economía sumergida, entre ellos y en particular muchas mujeres, la prostitución.

Otra ley que regula aspectos de la prostitución es la llamada Ley Mordaza, L.O 4/2015 de 30 de marzo. En su artículo 36.11 menciona la infracción tipificada como grave a los demandantes de servicios sexuales,

“La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial”.

Esta ley elimina la sanción para la mujer a la que considera legalmente como víctima y penaliza únicamente al demandante. Pero, posteriormente menciona:

“Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo”.

Esto significa que las autoridades pueden informar a las prostitutas para que no ofrezcan los servicios en la vía pública siendo la negativa posible motivo de infracción por desobediencia a la autoridad. Esta ley, supuso un cambio de tratamiento legal de la prostitución de la mano de reivindicaciones feministas que han exigido que no sean las mujeres las penalizadas por ofrecer los servicios sexuales y poner el foco en el putero o cliente demandante de sexo. Además, se considera infracción únicamente cuando estos se producen en la vía o zonas públicas, en especial cerca de lugares de ocio y tránsito de menores. Esto, supone que el derecho administrativo penaliza únicamente la prostitución realizada en la vía pública, pudiéndose interpretar, en sentido inverso, que aquella practicada en un lugar privado y, cómo hemos analizado antes, dentro del ámbito de consentimiento de la mujer, sí está permitida, o más bien no prohibida.

Dentro de esta línea, el derecho administrativo a nivel autonómico y local ha regulado mediante numerosas Ordenanzas Municipales la actividad de prostitución en general con el fin de preservar el orden y la salud pública. Se centran en “fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público” (Barcons Campmajó, 2018, p. 93). Estas ordenanzas que en su mayoría penalizan las prácticas sexuales para eliminarlas de los espacios públicos apelando al civismo, responden a la aplicación de la ley L.O 4/2015 anteriormente mencionada y, al igual que ésta, se limitan a penalizar y sancionar la prostitución ejercida en la vía pública. Aunque algunas solo penalizan al demandante, como la ordenanza de la ciudad de Sevilla (Barcons Campmajó, 2018). Pero de nuevo, se limitan a regular la prostitución en la vía pública por cuestiones de orden público, nada se dice respecto al ámbito privado.

2.3. TRATAMIENTO PENAL Y CIVIL

El Código Penal, cómo he comentado anteriormente, hace mención expresa a la prostitución en su capítulo quinto. Hace referencia a los delitos por explotación sexual y prostitución en su artículo 187 CP:

“El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”

Cómo vemos el código penal en principio menciona la necesidad de violencia o intimidación para considerarse explotación sexual, pero en el segundo apartado añade: *“Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”*.

Por lo que el código penal tipifica como delito todo lucro ajeno de prostitución, aun existiendo voluntariedad, provocando que ésta no pueda ejercerse nunca por cuenta ajena en términos laborales. Esta definición después interpretada por los tribunales penales del concepto “explotación” equiparado a imponer condiciones denigrantes o desproporcionadas y no únicamente a obtener beneficios, en todo caso, siempre hace referencia al lucro de terceras personas mediante servicios sexuales ajenos, y no menciona como constitutivo de delito, el lucro de una persona de forma “autónoma” mediante la venta de sus servicios sexuales.

Por su parte, el Código Civil establece en su artículo 1275 CC. que *“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno (...). es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*. Esto significa que ni siquiera en el ámbito privado el contrato comercial podría ser lícito en tanto que se entiende que la venta de sexo es una causa que atenta contra la moral y las leyes. Pero, como veremos después, la jurisprudencia ha declarado que la prostitución y venta de servicios sexuales en el ámbito privado y por tanto ejercida por cuenta ajena si es lícito.

2.4. TRATAMIENTO LABORAL

Vemos que, tanto desde el derecho administrativo como desde el derecho penal, la prostitución solamente se regula o penaliza en el caso de su ejercicio en la vía pública, en los casos de lucro ajeno -con violencia o intimidación o ejercida de forma

voluntaria- y en el caso de la trata de personas con fines de explotación sexual. Este vacío legal o ausencia de pronunciamiento respecto a la prostitución autónoma o libre, aquella que se ejerce en su mayoría en locales y clubs de alterne o en domicilios privados que ejercen muchas de las mujeres, deja en el limbo la situación de la prostitución no forzada. Su regulación queda en manos de la interpretación de jueces y tribunales, que han tenido unos pronunciamientos llenos de ambigüedad y contradicciones constantes en cuanto a su situación o tratamiento legal. En la medida en que no se reconoce como ilegal la ejercida de forma voluntaria pero tampoco se reconoce de forma expresa, deja un vacío en su tratamiento jurídico. El hecho de que no se prohíba, no se ilegalice ni penalice, obliga a darle un sentido jurídico en el marco legal. La Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 2004 (Rec. 18/2004), reconoce la prostitución como actividad lícita siempre que el consentimiento no esté viciado y sea ejercida por cuenta propia (Fita, 2009). Esto supone que, a pesar de que la prostitución no puede ser ejercida por cuenta ajena, sí se reconoce como actividad si es ejercida de forma autónoma.

Desde el punto de vista jurídico laboral, una de las notas necesarias para diferenciar la relación laboral por cuenta ajena del trabajo autónomo, es la dependencia y ajenidad. Esto supone estar bajo la organización y ámbito de dirección de otra persona o empresa. Uno de los puntos conflictivos a nivel jurisprudencial, es cuando la prostitución es ejercida en clubs de alterne donde aparentemente están bajo la organización de los dueños de dichos establecimientos. La jurisprudencia social no ha admitido como laborales ni reconoce como trabajo estas relaciones puesto que a pesar de que se haya reconocido la actividad como lícita ejercida de forma autónoma, sigue siendo hoy una actividad no lícita para ser objeto de contrato de trabajo laboral.

La voluntariedad es otra nota o característica esencial en la relación para considerarse una relación como laboral. En el caso de la prostitución, si en efecto la jurisprudencia reconoce la actividad cuando ésta es ejercida de forma libre, se entiende que si se ha reconocido la libertad de decisión y por tanto voluntariedad en la prestación de los servicios -aunque deba de ser por cuenta propia-. En la medida en que, si se admite esa voluntariedad en los casos de ser ejercida por cuenta propia, si los servicios se prestaran para una tercera persona, se entendería que cuenta con las dos notas esenciales de laboralidad para una relación laboral por cuenta ajena. Pero como hemos visto antes, el Código Penal tipifica como delito el lucro ajeno, por lo que, aunque esté ejercida de forma voluntaria, no puede ser objeto de un contrato de trabajo. Por lo que, si el Tribunal Supremo en efecto reconoce la actividad de prostitución como actividad lícita si se ejerce de forma libre, entendemos que se si se reconoce la existencia de una prostitución libre. Pero,

por otro lado, la jurisprudencia social sigue interpretando que, como la prostitución no es objeto lícito de contrato, los casos no corresponden al ámbito de su jurisdicción por lo que numerosas sentencias acaban en autos de incompetencia jurisdiccional que no entran al fondo del asunto, aun habiendo casos en los que se observan claras notas de laboralidad en la forma de prestar los servicios. Muchos de estos casos, acaban por reconocer las relaciones como relaciones de alterne o chicas de compañía casi todas de forma parcial, que sí admite el ordenamiento jurídico como laborales.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO 3218/2021 DE 9 DE MARZO DE 2021. LABORALIDAD DEL “ALTERNE”

El pasado sábado 17 de abril se publicó una noticia que tenía como título *La Sala de lo Social del Supremo confirma la relación laboral entre una trabajadora del sexo y un burdel de la Comunidad de Madrid*. En el artículo se anuncia literalmente que “El Tribunal Supremo ha confirmado, a través de un auto, la existencia de relación laboral entre la trabajadora del sexo y el **Grupo Empresarial La Florida, S.L.**, dueño del Club de alterne Flower’s”.

Si esto fuese cierto, estaríamos ante un cambio en la jurisprudencia y la doctrina española en relación con la legalización de la prostitución y la regularización del trabajo sexual, puesto que declarar laboral una prestación de servicios sexuales supone declarar lícito el objeto del contrato que ésta conlleva. Ello evidenciaría un cambio claro en la orientación que hasta la fecha se había dado al tratamiento de la prostitución.

El Auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2021 (Rec. 1338/2019), resuelve el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Grupo Empresarial la Florida S.A contra la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de febrero de 2019 (Rec. 868/2018), que resolvió en recurso de suplicación a favor de la demandante y declaró como laboral la relación entre la trabajadora y la empresa demandada.

María (nombre ficticio), presentó demanda contra la empresa Florida S.A en el Juzgado de lo Social de Madrid n.º 24 por despido y tutela de derechos fundamentales. En dicha Sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

María prestaba servicios para el club desde el año 2002. Tanto ella, como el resto de las chicas del club están allí para atraer clientes y que estos consuman bebidas alcohólicas en el establecimiento. Desde el año 2007 alquila, por 85 euros al día, una habitación en el apartahotel propiedad de la empresa donde presta servicios sexuales. Allí llevaba a los clientes que atraía en el club. La empresa exigía a las chicas no acercarse a ningún cliente hasta que estos no consumieran una primera bebida y les prohibía llevarse bebidas a la habitación, realizando para ello registros en las propias habitaciones para comprobar que lo cumplían. Los horarios en los que podían trabajar en el club los fijaba la empresa y por el dinero que recibía de los clientes de su actividad de prostitución, la empresa no recibía ningún tipo de remuneración. Desde el año 2002 al 2007 se le abonaba una remuneración fija que consistía en la comisión del 50% de las consumiciones que efectúan los clientes y a partir del 2007 dejan de abonarle tal cantidad. En el 2017, la echan de la habitación que alquilaba y deja de prestar servicios en el club.

En primera instancia, se dictó auto declarando falta de competencia de la jurisdicción social por no haber relación laboral, siendo competente la jurisdicción civil, por lo que no se entró a resolver el fondo del asunto. Contra dicho auto la demandante interpuso recurso de suplicación que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 18 de febrero de 2019 (Rec. 868/2018) antes mencionada.

La demandante funda el recurso de suplicación al amparo del artículo 193.c de la LRJS referido a “examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”. En este sentido alega la infracción del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores: “*esta ley se aplicará a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”; y el art. 8.1: “*presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro*”. La actora reclama la existencia pues de las notas clásicas de laboralidad de dependencia y ajenidad en su relación con la empresa. Existe dependencia cuando un trabajador presta servicios bajo la dirección y organización de la empresa, sujeta a sus órdenes y horarios interpuestos por esta. En este caso, como se declara probado en la propia sentencia, las chicas trabajaban para ofrecer los servicios dirigidos a conseguir clientes para el club y que consumieran bebidas alcohólicas. Estaban sujetas al horario y jornada que la empresa establecía, además de que la empresa ejercía un control sobre las normas que imponía respecto

a la prohibición de llevar bebidas a las habitaciones. Asimismo, todos los días se realizaba un sorteo a las 17:00 horas para no pagar la habitación esa noche entre los clientes y las chicas, cuya finalidad era que todas empezaran a trabajar a esa hora. La sentencia afirma que, aunque la jornada pudiese ser flexible, esta estaba sujeta siempre al horario del establecimiento propiedad de la empresa y que es claro que la prestación se realizaba en el seno de la organización empresarial. Alega que la reciente jurisprudencia flexibiliza el término de dependencia y que no ha de entenderse subordinación estricta, sino una inclusión en el ámbito disciplinario empresarial.

En cuanto a la ajenidad, se señala que el local era propiedad de la empresa y que ésta es la que se lucraba del servicio prestado por las chicas, declarando que *“siendo esencial la presencia de éstas para atraer a los clientes que sin duda acuden buscando su compañía, que es la que determina que consuman copas en dicha discoteca, y es el titular del negocio el que se lucra de ello”*. Además de todo lo anterior, desde el 2002 al 2007 la propia demandante estuvo recibiendo una retribución que consistía en una comisión de un 50% de las consumiciones que realizaban los clientes y que la falta de dicha remuneración desde el 2007 al 2017 que finaliza la prestación de servicios, no supone la falta de laboralidad en la relación y, por tanto, es la empresa acreedora de dicha remuneración no abonada.

Hasta aquí la sentencia admite y estima la laboralidad de la relación de la trabajadora con la empresa. Ahora bien, hay que puntualizar que esta laboralidad se refiere únicamente a la relación de alterne que ésta practicaba en el club y que consistía únicamente en la atracción y el acompañamiento de clientes para la consumición de bebidas alcohólicas. Cómo alega la propia demandante en el recurso, hay que diferenciar dos actividades muy distintas: una, la que practicaba en el local, la prestación de servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa como actividad de alterne; y otra, la que realizaba en la habitación que alquilaba a la misma empresa, de prostitución o servicio sexuales.

En este sentido, si dicho local se dedicara exclusivamente a las consumiciones de clientes en compañía de chicas sin permitir la prostitución, entonces deberían asumir todos los gastos derivados de esa actividad, entre ellos salarios y cuotas de la seguridad social, de lo contrario las chicas estarían trabajando en situación de esclavitud, mientras que, si no fuese así, *“estarían beneficiándose de la prostitución ajena de estas, obteniendo los frutos del servicio de forma gratuita y sin asumir las consecuencias sociales y fiscales dejando a las trabajadoras sin protección del sistema social”*. Aquí se encuentra el quid de la cuestión de fondo

y donde vemos que la sentencia no supone un cambio en la jurisprudencia que ya veníamos leyendo en casos anteriores. Al haber dos actividades en teoría diferenciadas, ¿cuál se está declarando laboral? Se trata de la de prestación de servicios de alterne.

En el caso de considerar que la prestación de servicio que realmente atrae a los clientes, son los servicios sexuales, entonces debería declararse laboral la prostitución. Pero como analizamos más adelante no es una actividad lícita para ser objeto de un contrato laboral.

Como ya se ha anunciado, el auto del Tribunal Supremo 3218/2021 de 9 de marzo de 2021 otorga la laboralidad a la relación de alterne de María con la empresa, alegando que no cabe que:

“...por el hecho de ejercer la actora la prostitución en el hotel también propiedad de la empresa demandada, las actividades se confunden, porque están bien diferenciadas, estando muy definida la que se ha expuesto con anterioridad, de alterne en un bar de copas, cuyo objeto de la prestación, tal y como reitera la doctrina expuesta, consiste en el alterne con clientes para promover la consumición por parte de éstos, realizado por cuenta ajena para el dueño del negocio, con sometimiento a su horario e instrucciones”.

Por lo que, finalmente, estima parcialmente el recurso de la demandante, declarando la existencia de laboralidad en la relación de alterne de la trabajadora y el club.

Pues bien, el recurso de casación para la unificación de doctrina que presentó la empresa frente a esta sentencia ha dado lugar al ATS 3218/2021, de 9 de marzo del 2021, inadmitiendo el recurso por falta de contradicción con las sentencias de contraste.

Efectivamente, frente a la primera sentencia alegada como contraria, la STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008 (Rec. 6467/2007), se señala que en ella se declara la falta de competencia de la jurisdicción social, debido a que la actividad que se analiza es la de prostitución por lo que no puede ser objeto lícito de un contrato. Así, al tratarse de servicios sexuales y no poder considerarse relación laboral, no es competencia del orden social y no se produce contradicción con la sentencia recurrida. En el mismo sentido inadmite contradicción con la STSJ de Galicia de 10 de abril de 2013 (Rec. 4031/2012), debido a que en el conflicto enjuiciado fue imposible separar la actividad de alterne de la de prostitución, siendo una necesaria para la otra, lo que de nuevo provoca la ilicitud del objeto del contrato

y la imposibilidad de apreciar laboralidad. Posteriormente, se señala que en esa misma sentencia se admite la posibilidad de laboralidad si la relación de alterne estuviese diferenciada de la de prostitución, por lo que ambas sentencias siguen la misma orientación y no son contradictorias, aclarando que el motivo por el que la sentencia recurrida declara la laboralidad de la relación se debe a que pueden separarse nítidamente ambas actividades siendo una de ellas lícita para ser objeto de relación laboral.

Como puede observarse, el fallo del Tribunal Supremo en cuanto a la laboralidad de la relación entre la demandante y la empresa Grupo empresarial la Florida S.A no supone un cambio en la jurisprudencia respecto a las trabajadoras sexuales y está muy lejos de admitir, como daba a entender en su titular la noticia aparecida en prensa, la laboralidad de la relación de una trabajadora sexual. No se declara la relación laboral entre una trabajadora sexual y el club donde trabaja, se declara la relación laboral entre una trabajadora de alterne y el club donde trabaja como chica de compañía o acompañamiento. Hace una clara diferenciación a que el objeto de la prestación que declaran como laboral, es el alterne. Esta es la primera contradicción, a pesar de que pueda entenderse, si se analiza con profundidad, que son los servicios sexuales los que realmente atraen a los clientes, y, aunque existan notas de dependencia y ajenidad que den a entender la existencia de laboralidad en términos puramente de derecho laboral, la ilicitud del objeto del contrato hace imposible hoy en día estimar laboral la prostitución.

3.2. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 8063/2004 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2004. PROSTITUCIÓN LÍCITA POR CUENTA PROPIA

La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 2004 (Rec. 18/2004), reconoció la legalidad de la Asociación Nacional de Empresarios Mesalina, cuyo objeto social era:

“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”.

Presentaron depósito de los estatutos en el registro de la Dirección General del Trabajo para su inscripción y formalización como asociación empresarial, denegada por esta y solicitando la modificación del artículo 3 de los estatutos en el que se hace referencia a dicho objeto social mediante el ofrecimiento de establecimientos a terceras personas para prestar servicios de alterne y prostitución por cuenta propia (hacen hincapié en eliminar la actividad de prostitución para validar el depósito). La asociación no elimina dicho artículo argumentando que la actividad es ejercida de forma autónoma y de manera independiente por terceras personas y que en ningún caso promueven, coaccionan o engañan para fomentar o lucrarse de la actividad de prostitución.

Ante la negativa de inscripción, la asociación interpone demanda ante el orden social estimándose en primera instancia y recurrida en casación por la Dirección General del Trabajo. El recurso se fundamenta en que la prostitución es una actividad no regulada por el ordenamiento jurídico y que por tanto el objeto social no es válido al entenderse que, "(...) sus Estatutos conducirían de nuevo a una asociación que agrupa a quienes explotan la prostitución ajena" Además, después añade:

“los cuales son precisamente los destinatarios de esos que llaman «productos y servicios» dispensados por los asociados, ya que las nociones «negociación colectiva laboral», de «conflicto colectivo de trabajo» e incluso la de «diálogo social» se predicán de relaciones laborales plenas, no de relaciones meramente mercantiles”

En efecto, a lo que se refiere este argumento es, según la Ley de Libertad Sindical, para que exista una Asociación Empresarial, es necesario que se intervenga en las relaciones laborales. Es decir, que debe haber una contraparte laboral con la que mediar y negociar el diálogo social, la negociación colectiva, etc. Por ello, la Dirección General del Trabajo argumenta que para actuar como contraparte empresarial la relación de la actividad de alterne y prostitución debería ser laboral y no por cuenta propia.

El Tribunal, resuelve el conflicto no entrando en si la prostitución es o puede ser relación laboral, sino que analiza si la asociación tiene derecho a inscribirse como tal y si la actividad de tenencia de establecimientos para la prostitución ajena puede ser una actividad mercantil. En este sentido, estiman que sí que están legitimados para asociarse ya que si tienen las relaciones laborales que se necesitan para ser parte empresarial:

“En consecuencia si las empresas que integran la Asociación de autos son titulares de los establecimientos hosteleros de referencia, que por su propia naturaleza necesitan para su funcionamiento de personal laboral, como son los camareros, limpiadoras, etc., y el «alterne», en su caso, cuando la actividad sea laboral...”

Consideran que mientras haya camareros, limpiadoras y relaciones de alterne que sí sean relación laboral, sí pueden inscribirse como empresa, considerando su objeto social, la tenencia de establecimientos para su destino a terceras personas que ejerzan la prostitución y el alterne, un objeto lícito.

Este fallo, tiene dos lecturas, por un lado, en efecto cómo ya hemos analizado anteriormente, la posibilidad de que sí haya relaciones laborales de alterne, las cuales separan y diferencian de la prostitución. Y la legitimación como actividad mercantil de la prostitución, si esta es ejercida de forma autónoma, ya que si permite que una asociación se lucre del “alquiler de habitaciones para que las prostitutas ofrezcan sus servicios sexuales. Aquí, la segunda contradicción jurisprudencial, y es que este tipo de asociaciones se lucra directamente de los servicios sexuales que las prostitutas ofrecen, aunque se intente recalcar que lo hacen de forma autónoma, al igual que en muchas ocasiones con el alterne se demuestra que se lucran directamente de los servicios de las mujeres. El tribunal no entra al asunto de la prostitución, ya que, si en efecto se lucra de esta, entonces según el Código Penal sí que estaría considerado explotación sexual y por tanto su objeto social no lícito. Por lo que sólo se considera lucro, si se ejerce de forma ajena de manera formal.

3.3. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL 104/2003 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2003 Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 2712/1985 DE 14 DE MAYO DE 1985. LÍMITE ENTRE PROSTITUCIÓN Y ALTERNE

La sentencia de origen del recurso de casación antes comentado (STS de 27 de noviembre de 2004 (Rec. 18/2004), si se pronuncia respecto a la diferenciación entre la actividad de alterne y la de prostitución. La SAN de 23 de diciembre (Rec. 168/2003), argumenta que la calificación por parte de la Dirección General del Trabajo de que la prostitución no es una actividad tolerada supone darle un valor a dicha actividad en términos morales o éticos contrarios al Estado Democrático. En este sentido, entienden que se debe reconocer dicha actividad en el marco de la libertad de cada ciudadano derivada del derecho constitucional de la libertad de

empresa. *“Tampoco tiene sentido condicionar el ejercicio de una actividad económica a que esté regulada; la constitución reconoce la libertad de empresa sin hacerla depender de la mayor o menor diligencia reguladora de los poderes públicos”.*

Es cierto que el hecho de que una actividad no esté regulada no es motivo para su impedimento o ejercicio dentro de la libertad individual. En este sentido, su prohibición de ejercicio como actividad debe estar tipificado o reconocido como ilegal o ilícito de forma expresa *“es perfectamente aplicable a un ordenamiento jurídico que como el nuestro no prohíbe expresamente tal actividad económica”*. Si bien menciona el límite que establece el código penal, argumenta que dicho límite es:

“(…) la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica, por razones causales (el chaleo prescricional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitada —menores o incapaces—, sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces.”

Por lo que de esto interpreta que la regulación y el Estado rechaza el atentado contra la libertad de decisión, pero no al ejercicio de la actividad en sí.

Al declarar entonces, que existiendo consentimiento y voluntariedad si puede ser objeto de una actividad lícita, establece cual es el límite o diferencia entre el alterne y prostitución en su calificación contractual en términos laborales:

“(…) nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajenidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de «alterne» que, aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta; un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial”.

Este límite fisiológico deriva en un límite jurídico entre las relaciones por cuenta ajena de las trabajadoras de alterne y las relaciones por cuenta propia de las trabajadoras sexuales.

La jurisprudencia española ha venido aceptando como laborales todas las relaciones de alterne en que se aprecian las notas de laboralidad de dependencia y ajenidad. En la STS del 14 de mayo de 1985 (RJ 1985/2712), el Tribunal Supremo resuelve el Recurso de Casación por infracción de ley en el conflicto

entre un club y una trabajadora que prestaba servicios de alterne en dicho club. El conflicto era de carácter jurisdiccional en relación con la prestación de la trabajadora de alterne con dicho club, que era una relación laboral y por tanto el conflicto competencia del orden social. La sentencia declara en efecto la relación como laboral al declarar como probada la forma y el carácter laboral de los servicios que esta prestaba:

“(...) a la declaración de hechos probados la situación de facto concurrente y la relación concertada por las partes, esto es, que la actora, mediante la retribución diaria de 1.500 pesetas, y el 50% de las consumiciones por ella conseguidas, que le suponían unos ingresos promedios de 145.000,- pesetas mensuales, en un Club explotado por el demandado, prestó servicios, consistentes en la permanencia en el local desde las dieciocho horas de un día, hasta la una o las dos del siguiente, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas; relato que patentiza una actividad en la que concurren las notas tipificadoras y características de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena”.

Este fallo, es uno entre muchos de toda la jurisprudencia en relación con el alterne, en los cuales no se entra a valorar el carácter de fondo de dicha prestación, sino a valorar exclusivamente si se dan las notas de dependencia o ajenidad y si en efecto la empresa o los clubs se lucran a partir de los servicios de las trabajadoras. La diferencia como bien declara la sentencia anterior es que, en la prostitución al traspasar esa barrera física, sí que se entra a valorar el objeto de la prestación. Es esta la tercera contradicción ya que la cosificación de la mujer es clara en ambas prestaciones, pero con la prostitución se entra a valorar un aspecto más profundo al transgredir esa barrera fisiológica.

3.4. SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 163/2004 DE 4 DE OCTUBRE. PROTECCIÓN DE TODA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La STC 163/2004 del 4 de octubre, condena a un club por atentar contra los derechos de los trabajadores al tener a mujeres prestando servicios de prostitución y alterne con notas de laboralidad en sus instalaciones y no estar dadas de alta ni regularizadas. El club llamado *Hostal Club la Liana* hospedaba a mujeres en su mayoría extranjeras y sin permisos que prestaban servicios de forma permanente de

prostitución y alterne para el dueño del club. Este fijaba los horarios de comer, de lavar la ropa, así como de bajar a buscar a los clientes. Las mujeres además estaban obligadas a hospedarse en su hostel. Los clientes pagaban directamente al dueño del club o al encargado y después pagaban a las chicas restándoles el precio de preservativos, sábanas, precio de la habitación...

La sentencia de instancia recurrida declaró delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 312.2 del Código Penal *“en el que se 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”*. Debido a que a pesar de que la prostitución no es objeto lícito de contrato de trabajo, las condiciones en que prestaban los servicios eran de esclavitud. Para ello alegan que:

“(...) la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de Audiencias Provinciales relativa a que el tipo penal 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”

El Tribunal declara que el establecimiento en efecto es un establecimiento que se dedica al ejercicio de los servicios de alterne y prostitución y que estas ejercen los servicios con las notas laborales de dependencia y ajenidad:

“(...) siendo dicho hecho conocido y amparado por José Javier G. G. quien suministra a dichas mujeres los correspondientes preservativos y sábanas higiénicas para el desempeño de la actividad de prostitución citada... Actividad que «no era realizada libremente y por su cuenta, sino bajo la dependencia y relación laboral encubierta con el acusado José Javier G. G. quien imponía a éstas el horario de trabajo, la ropa que debían vestir durante el mismo, el precio de los pases o relaciones sexuales, llevando una mínima contabilidad y cobrando directamente de los clientes el importe de tales relaciones del cual deducía su participación del 50%, los gastos diarios de hospedaje de cada mujer y los derivados del preservativo y la sábana higiénica que suministraba antes de que la relación sexual se produjera”

Esto supone afirmar que en efecto a la relación era ejercida de forma ajena y por tanto no contaban con la protección social derivada dicha prestación, estando el club cometiendo una infracción contra los derechos de los trabajadores.

En este sentido, la defensa recurre alegando que esta actividad que ejercían las mujeres no tiene protección ni regulación en la legislación laboral ni de la Seguridad Social por lo que al no estar encuadradas en dicha ley no deberían contar con la protección del resto de trabajadores. A esto el Tribunal Constitucional declara:

“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 relación 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”.

Se declara pues, que, sí que existe relación laboral, pero esta se trata de una prestación laboral con objeto ilícito. Pero que la protección constitucional de la dignidad de las personas debe abarcar aun siendo un contrato nulo por objeto ilícito. Pero además después añade:

“(…) 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”.

Señala que, por esto, el club no está asumiendo las responsabilidades laborales o en materia de seguridad social que debería asumir en tanto que tiene trabajadores a su cargo. Pero en todo momento el tribunal, a pesar de estar hablando de infracciones derivadas de una prestación social y laboral, las consecuencias son únicamente penales.

Finalmente declara que a pesar de que la prostitución no tenga amparo en la regulación laboral, admitir la forma de prestación que estas realizaban supone admitir que estas prestaban los servicios en forma de esclavitud y atentado contra su dignidad. Por tanto, la protección judicial abarca a toda prestación de servicios que se preste con las notas de dependencia y ajenidad aun que estas sean nulas o ilícitas.

“A partir de ahí la Sala, «compartiendo la abundante jurisprudencia transcrita en la Sentencia objeto de recurso», asume como propias las conclusiones del órgano de instancia, que reproduce, afirmando que no es obstáculo para la conclusión condenatoria, ni la anuencia de las mujeres, ni el que la actividad realizada por ellas no encuentre acomodo en la legislación laboral y de la Seguridad Social, pues de admitirse la tesis de la defensa, «se estaría invitando a los empleadores de estas mujeres a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones de esclavitud, porque no estarían sujetos a ninguna norma”.

Esta, es la cuarta contradicción, el tribunal declara delito la forma en que se ejerce dicha prestación, y declara que se atenta contra los derechos de los trabajadores en la medida en que sus condiciones son de esclavitud. Admite que se dan las notas de dependencia y ajenidad en la prestación, pero sigue sin admitir la prostitución como laboral. Esto lo que provoca es que, si cómo dice la sentencia, los servicios se prestan de forma autónoma y con independencia el establecimiento si podría continuar prestando dichos servicios de prostitución y alterne -cómo ya hemos visto en las sentencias anteriores-. Otra vez, la jurisprudencia resuelve únicamente en cuanto la interpretación del resto de normas, provocando una legitimación de la actividad, pero no de su forma, permitiendo que estos clubs en mi opinión puedan de forma muy fácil encubrir la prestación de servicios cómo independiente y autónoma y seguir lucrándose de ello sin asumir responsabilidades fiscales y de seguridad social. La jurisprudencia legitima la prostitución y los servicios sexuales, pero no lo suficiente como para cubrir los derechos laborales de quienes la ejercen.

4. CONCLUSIONES

Lejos de esconder el origen patriarcal y la desigualdad sexual que la prostitución conlleva, hablar de otorgar derechos laborales, no supone legitimar o promover la prostitución. Creo que para luchar contra la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres no basta con ayudas sociales y asistenciales para las prostitutas, o de socialización y educación social de los clientes para acabar con la demanda. Ese es un trabajo necesario y paralelo, pero que supone dar soluciones a largo plazo y poco reales. El trabajo otorga remuneración, otorga protección frente al desempleo, cotizaciones para tener asistencia sanitaria. No hay que olvidar a pesar de ello, que a estos “beneficios” tendrían acceso únicamente aquellas mujeres en situación denominada legal, dejando fuera a una gran mayoría de inmigrantes no regularizadas. Esto podría suponer también una vía para la regularización de la situación legal en España de muchas inmigrantes “ilegales”. El tercer eje que afecta a la prostitución es la raza y la etnia, donde la gran mayoría proviene de países con economías pobres, que no cuentan con permisos de trabajo o residencia. La Ley 4/2000 de Extranjería permite la regularización mediante el trabajo, siendo un elemento necesario previo para la concesión del permiso de residencia. Muchas veces, la única manera de encontrar una salida al círculo negro de conseguir permiso de residencia, és demostrando ante un juez, haber estado trabajando el tiempo necesario (aunque de forma ilegal), y poder así demostrar a la administración el arraigo laboral necesario para obtener la residencia. Esto, sin perjuicio, en mi opinión, de la necesidad paralela de modificar la Ley de extranjería y eliminar dichos requisitos.

Es cierto que el capitalismo y la globalización han generado toda una industria que se lucra de la prostitución de las mujeres, cada vez aumentan más las inmigraciones sobre todo de países del sur hacia los países del centro de Europa para ejercer la prostitución. Aunque comparto este análisis de que el capitalismo y el neoliberalismo, absorbe y se nutre de todo sector o industria que genera dinero, y es cierto que la industria del sexo mueve millones de euros muy atractivos para el capitalismo y que provoca la explotación de muchas mujeres, no podemos negar que es una realidad difícil de eliminar o abordar.

Podemos entrar en qué entendemos por libertad o en cuándo las condiciones sociales y de pobreza permiten elegir libremente. Es cierto, que siempre van a influir factores de clase, raza y sexo en toda decisión laboral. También ocurre en otros trabajos, cómo en el caso de las trabajadoras al servicio del hogar, su trabajo cuenta también con un claro sesgo de género al asignarse siempre dichos trabajos al género femenino. Pero es mediante el derecho laboral cómo se ha intentado mejorar las condiciones en las que se encuentran. Muchas de las mujeres

que afirman elegir libremente el ejercicio de la prostitución, si se analiza en profundidad, es cierto que, en muchos de los casos, son las condiciones que las llevan a tomar esa decisión. Influyen factores de género, clase, pobreza, inmigración y situaciones de desigualdad que provoca dicha elección. Pero que desde las instituciones se les niegue o cuestione sus decisiones no ayuda a la “autodeterminación” y “emancipación” de estas mujeres y despoja de autonomía y elección a las mujeres al considerarlas víctimas (Barroso y Cordero, 2020). Muchas veces las posturas abolicionistas y las políticas públicas que se toman son paternalistas y asistencia-listas que se quedan en el papel o en el desarrollo de planes que no cumplen con las expectativas y que no ofrece alternativas reales. Vivimos en una sociedad donde la ciudadanía la otorga el trabajo. En los países y estados europeos se consolida como eje de ciudadanía el trabajo y sólo mediante el trabajo una persona es integrada y considerada como ciudadana de una sociedad y adquiere derechos plenos (Mestre, 2007). En este sentido, aunque las ayudas sociales intenten dar una salida a estas mujeres, siguen siendo dependientes, pero del estado, mientras que podría darse que en la medida que estas adquiriesen verdaderos derechos laborales y sociales por la realización de su propio trabajo se podría dar una mayor libertad de actuación respecto hacia donde conducir sus vidas.

Lo que planteo es que, siguiendo el análisis de Ruth Mestre (2007), hay que valorar qué respuesta jurídica y cómo es la mejor manera de garantizar la protección e igualdad de las mujeres (Mestre, 2007). Aunque comparta la idea de que la prostitución es un síntoma de la desigualdad sexual y violencia contra las mujeres, el derecho laboral podría dar una salida real para quienes quieren abandonarla, y unas condiciones dignas para quienes deciden continuar. Pero, sobre todo, poniendo énfasis en quienes se ven obligas a ello por condiciones sociales y de pobreza, la mejor salida siempre ha sido garantizar derechos, cotizaciones, regularizar situaciones de inmigración ilegal, de exclusión social y de pobreza. Que el derecho laboral sirva como arma social para luchar contra las desigualdades como en otras muchas ocasiones. La globalización capitalista de la industria del sexo se lucra a partir de la explotación sexual de las mujeres, cómo en el resto de las industrias, la lucha por los derechos laborales es la manera de poner fin al lucro de empresas capitalistas y multinacionales.

Debemos intentar ver cuál es la mejor manera de acabar con las desigualdades, la exclusión y la pobreza de todas las mujeres que lo ejercen. Es difícil analizar qué situaciones son explotación forzosa y cuáles no, cuándo hay trata de personas, cuándo es ejercida libremente y cuándo las condiciones sociales las ha obligado a ello. Pero más complicado resulta cuando ninguna de ellas está regularizada.

Legalizar supone legitimar algo de cara a la sociedad, pero la opción contraria es negar una realidad existente y hasta ahora únicamente supone estancar el debate en charlas sobre temas filosóficos sociológicos e ideológicos de que consideramos libertad, dignidad, sexualidad, libertad sexual, trabajo... y conceptos infinitos sobre aspectos que aún no han dado una salida.

Más allá de mi opinión, y de lo en contra o a favor que esté de considerar la prostitución como un trabajo digno o ejercido de forma libre. Como jurista, desde el análisis del derecho, de la realidad jurídica y de la realidad laboral, aunque no le demos reconocimiento legal, ya está legitimado. El sistema liberal en el que vivimos ya ha legitimado la actividad y permite a clubs de copas y hostales lucrarse de la venta de servicios sexuales de muchas mujeres. Se acepta la cosificación de la mujer para la atracción de bebidas alcohólicas considerando la relación laboral de alterne, pero no la que viene una hora después de puertas a dentro de la habitación del hostel. Por no hablar del elevado coste por habitación que estos clubs les cobran a las chicas. Tenemos una herramienta desde el derecho laboral y en general los derechos sociales para poder otorgar protección a todas estas mujeres, dar garantías y derechos reales. Pero sin caer en la mera legitimación del sistema ni olvidar la estructura patriarcal que conlleva detrás la prostitución.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Barcons Campmajó, M. (2018). Las ordenanzas Municipales: Entre la regularización y la sanción de la prostitución en España. *Revista Crítica Penal y Poder*, 90-109.
- Barroso, Rafael y Cordero, N. (2020). Tratamiento de la prostitución_trabajo sexual en Sevilla ¿protección o vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales. En Dykinson (Ed.), *Derechos humanos desde la interdisciplinariedad en ciencias sociales y humanidades*. Universidad Pablo de Olivade.
- Cobo Bedia, R. (2016). Un ensayo sociológico sobre la prostitución. *Política y Sociedad*, 53(3), 897-914. https://doi.org/10.5209/rev_poso.2016.v53.n3.48476
- Cobo Bedia, R. (2019). Introducción. Pornografía y prostitución en el orden patriarcal: perspectivas abolicionistas. *Oñati Socio-legal Series*, 9(1S), S1-S5. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1000>
- Fita Ortega, F. (2009). La prostitución, posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual. *Revista de derecho social* no 47, 91-107.
- García del Blanco, V. (2019). Lucha contra la trata de personas con finalidad de explotación sexual, la regulación de la prostitución. En Dykinson (Ed.), *Algunas reflexiones en torno al pacto mundial por una migración regular, segura y ordenada* (pp. 57-76).
- Juliano, D. (2005). El trabajo sexual en la mira: polémicas y estereotipos. *CADERNOS Pagu*, 25, 79-106. <https://doi.org/10.1590/s0104-83332005000200004>
- Maldonado, F. (2015). La prostitución como una regulación laboral especial. En *Quaderns de ciències socials*. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54148/38-68.pdf?sequence=1>
- Molina Montero, A. (2018). El Régimen Jurídico de la prostitución y sus diferentes modelos ideológicos. *Revista Crítica Penal y Poder*, n15, 130-149.
- Rodríguez Castellanos, B. (2008). Prostitución, sexualidad y producción. Una perspectiva Marxista. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 17.
- Tirado Acero, M. (2011). Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública. *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, 6(1), 127-148.

- López Precioso, M. (2007). Debate feminista: teorías, prácticas y realidades. En Tirant lo Blanch (Ed), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos (pp. 87-116).
- Mestre i Mestre, R. (2007). Trabajo Sexual, igualdad y reconocimiento de derechos. En Tirant lo Blanch (Ed), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos (pp. 13-42).
- Gay Herrero, S. (2007). Fórmulas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales. En Tirant lo Blanch (Ed), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos (pp. 117- 155).
- López i Mora, F. (2007). Prostitución y Estatuto Profesional. En Tirant lo Blanch (Ed), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos (pp. 157-202).
- Fita Ortega, F. (2007). El trabajo sexual en la doctrina judicial española. En Tirant lo Blanch (Ed), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos (pp. 203- 253).
- Mestre, R. & López, M. (2006). Trabajo Sexual. Reconocer derechos. Valencia, España: Ediciones la burbuja.
- Mac, J. & Smith, M. (2018). Putas insolentes. La lucha por los derechos de las trabajadoras sexuales. Londres, Reino Unido: Traficantes de sueños.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. 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 QuadernsCS@uv.es. Los artículos podrán ser redactados en español, valenciano o inglés.
2. La extensión total de los originales se ajustará a 10.000 palabras máximo, incluyendo figuras, tablas, notas y referencias bibliográficas. Se reducirán las notas a pie de página al máximo y, en ningún caso, se utilizarán para citar documentos. El texto se presentará en Arial 11 puntos, con un 1,5 de interlineado. Los artículos estarán precedidos del título del trabajo, en la lengua original y en inglés, acompañado del nombre del autor/a, la universidad/entidad a la que se pertenece, así como un correo electrónico de contacto. Se incluirá también un resumen del texto de 100 palabras y 5 palabras clave tanto en el idioma original como en inglés.
3. El Consejo de Redacción anonimizará el documento y lo someterá a una evaluación simple externa a la revista. Ni el cuerpo del texto ni la bibliografía incluirán ninguna referencia a la autoría, si esta fuera necesaria se indicará con “Autor/a (año)”. La decisión final de publicación del artículo recaerá en el Consejo de Redacción.
4. Los textos se enviarán en un archivo (.doc) al mail de la revista quadernscs@uv.es
5. Para las referencias bibliográficas se utilizará el sistema APA o Harvard:
 - 5.1. Cualquier referencia a documentos científicos en el texto incluirá la autoría entre paréntesis y el año de publicación (Sennet, 2000); se añadirá la referencia a las páginas si fuese necesario (Sennet, 2000, p. 8-9).
 - 5.2. La bibliografía referenciada se incluirá al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autoría atendiendo a los apellidos.

Los libros se citarán siguiendo el siguiente ejemplo: Apellido, A (año). *Título*, Ciudad: Editorial.

Los artículos de revista siguiendo el siguiente ejemplo: Apellido, A (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen (número), pp-pp.

Los capítulos de libro siguiendo el siguiente ejemplo: Apellido, A, (año) Título del capítulo. En A. Apellido., *Título del libro*, Ciudad: Editorial.

Los libros, artículos de revista o capítulos publicados online, siguiendo el siguiente ejemplo: Apellido (año). *Título*. Recuperado de <http://www...> (Fecha de consulta DD/MM/AA).

Para el resto de tipo de documentos se consultarán las normas del sistema de citación elegido.