

## ¿ES CONVENIENTE LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN?

M<sup>a</sup> TERESA CONDE-PUMPIDO TOURÓN

MAGISTRADA DE LA SALA DE LO SOCIAL TSJ GALICIA

**INTRODUCCIÓN-** El título de la Ponencia , propuesto por la organización me suscitó numerosas dudas :¿”conveniente” en el sentido de “útil” o “provechoso”? ,y en ese caso ¿ para quien: para las mujeres que están en el sistema prostitucional ,para los proxenetas ,para los clientes, para la sociedad?;¿de que tipo de regulación pretendemos hablar?.Parto de la idea de que los conceptos jurídicos se van conformando en momentos concretos ,según las circunstancias históricas , en las que los contenidos de los derechos responden a determinados intereses ;y resulta complejo en éste momento ,con un negocio de la prostitución muy potente y globalizado (muy sustancialmente unido,además, a los movimientos migratorios), saber que interés se va a satisfacer ,más allá del que se pretende proteger.¿Se trata quizás de reflexionar sobre cual es la mejor respuesta que nuestro Derecho puede dar a la prostitución,y dado el ámbito especializado de este foro ,si es posible la “laboralización” de la prostitución?. Así las cosas me gustaría replantear el

tema y centrarme en la cuestión de si es posible legalizar la prostitución como una actividad laboral por cuenta propia o ajena.

Estamos tratando un fenómeno complejo ,en el que los prejuicios de los contrarios en la discusión sobre él, suelen detectarse mejor que los propios. Para aclarar el marco de esta reflexión teórica ,tengo que realizar dos precisiones ,que son punto de partida :por una parte ,doy por entendido que no se discute sobre la prostitución “forzada”(ni la trata ,ni el pago de deudas ,ni el secuestro posterior ,ni el sometimiento con drogas..),como tampoco la de menores, y por otra, que estamos ante un problema con evidentes rasgos de género, ya que cuantitativa y cualitativamente así lo exponen los datos: los hombres que la practican son una minoría (sustancialmente de minorías con orientación sexual discriminada :homosexuales y transexuales ) y los clientes son en un 99% varones. Y aún, si me lo permitís, otra terminológica: aún conociendo la carga ideológica que tiene el lenguaje, difícilmente puedo hablar de “trabajadoras del sexo”,en tanto que la posibilidad de dicho concepto es ,en buena parte ,el objeto del trabajo. Voy a hablar de mujeres “prostituidas”, en tanto entiendo más adecuado definirlas por la situación en la que se encuentran, que por la actividad que realizan.

### **UN BREVE ESBOZO DE LOS SISTEMAS LEGALES**

Frente a la prostitución, los Estados han adoptado diferentes políticas o sistemas legales –con distintos sustratos ideológicos-, que podríamos sintetizar en cuatro. La política prohibicionista, el régimen reglamentarista , la corriente abolicionista y la legalización.

A) El prohibicionismo concibe la prostitución como un vicio moral y su ejercicio se prohíbe y sanciona, criminalizando a las mujeres prostituidas y al proxeneta ,no así al cliente ,salvo en algunos Estados ,sin especial interés en todo caso en su persecución, cuando es mucho más sencilla la detención y sanción de las mujeres. Las disposiciones prohibicionistas han ido decayendo en las legislaciones europeas, aún cuando se conservan en muchos países del Tercer Mundo, incluso paradójicamente algunos de los que más se benefician del “turismo sexual”.

B) El sistema reglamentista parte de que la prostitución es “un mal necesario”,pero que el Estado debe controlar para evitar riesgos de salud ( se trata de evitar problemas a los “consumidores”) y de orden público (por lo que se confinan a lugares específicos) ;la consecuencia es que penalmente es irrelevante .Lo encontramos en algunos sistemas legales sudamericanos ;pero rasgos reglamentistas encontramos en sistemas ,como el inglés o el francés ,que prohíben la prostitución en la calle .En puridad ,ésta es la visión del Decreto de la Generalitat de Agosto del 2002 (y la subsiguiente Ordenanza del 2003) y de la Ordenanza de Bilbao de 1999.

C) El abolicionismo equipara la prostitución a la esclavitud -- de ahí su denominación-- y, consecuentemente considera a la mujer prostituida como una víctima de la violencia de género y no como una delincuente, aun si media su consentimiento; el proxeneta es criminalizado, e incluso en algún caso, como el paradigmático de Suecia, también el cliente ( ya que prohíbe la compra de servicios sexuales).

D) La alternativa en los últimos años, en diversos países, es la legalización de la actividad, ejercida voluntariamente, prohibiendo la prostitución forzada ;ello supone ,en buena parte de los casos ,el reconocimiento de derechos ,como actividad por cuenta propia o incluso por cuenta ajena y de Seguridad Social ,con correlativos deberes fiscales (aún excluyendo habitualmente a las mujeres inmigrantes). Es el caso de Australia ,Nueva Zelanda ,Holanda y Alemania ,aunque todos tienen una notable impronta reglamentista (autorización administrativa de los Burdeles ,características ,controles sanitarios de las mujeres, etc).

Si cada sistema ,como es lógico ,responde a un pensamiento ideológico ,yo sí creo (en contra de quienes desprecian la influencia de las teorías feministas del Derecho), que resulta de interés hacer una breve aproximación al pensamiento del movimiento feminista ,en tanto su filosofía ha sido siempre cuestionar un Derecho que es claramente androcéntrico (elaborado por los hombres ,respondiendo a un modelo masculino y en función de sus intereses o de aquellos que piensan son los intereses de las mujeres).Sin poder entrar en los mil matices existentes ,podemos sintetizar lo que en su día se llamó la “gran división”,reflejada en dos posturas contrapuestas.

Para las abolicionistas, la prostitución sería una manifestación pública del control patriarcal de la sexualidad, que controla y estigmatiza el uso del cuerpo femenino. En palabras de la filósofa Françoise Collin el recurso de la prostitución, en una de las múltiples formas de violencia contra las mujeres, remite a una estructura común en la cual el deseo de uno sólo y un solo deseo es ley, sin el deseo del otro. No consideran que exista diferencia entre

prostitución forzada y libre ya que ante la vulnerabilidad el consentimiento no es válido. Entienden que el cliente es corresponsable junto con los empresarios y proxenetas de la situación opresiva de la mujer, actividades estas que deberían penalizarse. A la mujer prostituida, en tanto víctima del sistema cuya situación deriva de la opresión, deberían dársele alternativas para su inserción en la sociedad a través de opciones laborales dignas y en igualdad de oportunidades. La legalización, además, aumenta la demanda y repercute en la visión de las relaciones entre ambos sexos, profundizando en su asimetría.

Las legalistas critican el moralismo conservador que sigue sacralizando la sexualidad. La estigmatización social de las “trabajadoras del sexo” sería un elemento fundamental de la ideología patriarcal; ejercer voluntariamente la prostitución es una opción más dentro de las posibilidades que la sociedad ofrece. No consideran que estemos ante unas “explotadas” sexuales, sino ante mujeres capaces de alcanzar una libertad sexual que las otras no son capaces de concebir y que no necesitan la tutela de las feministas tradicionales, ni del paternalismo jurídico. Lo que defienden es el derecho a la autodeterminación sexual, que incluye el derecho a practicar el sexo comercial, y a obtener los mismos beneficios que el resto de trabajadores, muchos de los cuales también realizan labores penosas o peligrosas. El reconocimiento social de su actividad (como trabajo/ empleo) significa la salida automática de la marginación y, por tanto, la mejora de la calidad de vida y de su salud tanto psicológica como física.

Es cierto, por otra parte, que la mayoría de las voces feministas (e incluso de teóricos del Derecho) que abogan por la legalización en nuestro país admiten que se trata de un "mal trabajo", duro, desagradable y mal

pagado, pero que constituye una actividad refugio con la que se ganan la vida miles de mujeres con cargas familiares ,o con poca preparación o necesidades económicas ,ante la pobreza de ofertas de empleo para las mujeres ,pero que la legalización y el otorgamiento de derechos ,supondría sacarlas de la marginalidad contribuyendo a acabar con su vulnerabilidad frente a la violencia y la explotación ,y supone el empoderamiento de la mujer que decide por si misma ejercer tal actividad ,a cuyos intereses debe atenderse.

Esta última aseveración es ,a mi entender la más difícil de admitir ,porque el “empoderamiento” femenino (“la democracia es paritaria o no es democracia”) no se planteó nunca como una estrategia individual ,sino colectiva ,y atender la voz tan solo de las mujeres prostituidas (por cierto ,en absoluto unánime ,sino minoritaria a favor de la legalización/laboralización),es considerarlas “otras”, diferentes al resto de las mujeres .Y las consecuencias también son generales :por poner un ejemplo habitual-no por eso menos cierto ,y que ya ha provocado problemas en Alemania-la consideración de la prostitución como un trabajo ,supone su consideración como “actividad adecuada” ,cuyo rechazo puede conllevar la pérdida del desempleo.

## **ANÁLISIS DE NUESTRO DERECHO: LAS POSIBILIDADES DE LEGALIZACIÓN/LABORALIZACIÓN-.**

### **I-LA CONSTITUCIÓN.**

Desde el punto de vista constitucional, se viene afirmando que no existen obstáculos a la opción legalizadora ;sin embargo, me surgen ciertas dudas que intentaré transmitir.

El Gobierno holandés dijo, al regular la actividad de la prostitución ,que tal solución era innegable desde el punto de vista de un Estado liberal .Pero el nuestro se define como un Estado social y democrático de Derecho ,cuyos valores superiores son la libertad y la igualdad(art.1.1 CE).

Más allá de cuan libre sea la decisión de optar por la prostitución como medio económico de vida(obviando las diferencias entre emigrantes hoy mayoritarias y nacionales/comunitarias,el papel de los chulos y de los proxenetas) y de si la “libertad sexual” –englobada usualmente en el dº a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad- comprende el comercio del sexo (opción ,por ejemplo, que ha sido negada por la Comisión Europea de Derechos Humanos de 10-3-88-F.contra Suiza) ,al menos desde el punto de vista de una “igualdad “efectiva ,me parece que la discusión hay que profundizarla .Desde su desarrollo en la LO 3/07, se admite que la igualdad sustancial requiere la adopción de una variedad de estrategias ,no solo de prohibición de discriminación –directa o indirecta- sino también de la igualdad de oportunidades , las acciones positivas, o la transversalidad ;exige la aplicación de ‘una perspectiva de género” y no un enfoque limitado a los” problemas de las mujeres”, lo cual significa tener en cuenta las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres y el papel que cada género desempeña socialmente ,afectando a las oportunidades y a la vida del otro, y considerar los diferentes efectos que para cada uno de los colectivos (el de las mujeres y el de los hombres) tendrán las propuestas políticas y las normas que las desarrollen. Si la legalización amplía el espacio dominado por las mujeres por reconocerles derechos o perpetúa una situación desequilibrada de relación ,a favor del hombre (el empresario o el cliente “manda”);si la única estrategia para reconocer derechos y vías de reclamar la tutela legal ,judicial y social es la “profesionalización”,son puntos esenciales demasiadas veces ignorado por

juristas que se refieren al tema, incluso desde una óptica “progresista”, llegando en ocasiones a negar que se trate de una cuestión de “género”. Nada me resulta más indignante que la referencia a que se trata “del oficio más antiguo del mundo” (los mitos siempre enriquecen el acervo popular), obviando el calificativo de “femenino” y en particular que era el único oficio permitido durante mucho tiempo a las mujeres.

## II.-LOS TRATADOS INTERNACIONALES.-

El Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2 de diciembre de 1949 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, (el conocido como Tratado de Lake Success), sin permitir la punición de las mujeres prostituidas, sí obliga a las partes contratantes a criminalizar:

a) «A toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra, concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona, explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona» (art. 1 del referido Convenio).

b) «A toda persona que mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento [o 2] diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio o un local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena» (art. 2).

El Convenio incluye una serie de normas sobre la situación jurídica de las personas prostituidas, que suponen reconocer una serie de derechos:

1.º El «derecho, con arreglo a las leyes nacionales, a constituirse en parte civil en cualquiera de las infracciones mencionadas», derecho el cual, si se reconociere, se reconocerá igual a extranjeros y nacionales (art. 5).

2.º El derecho a la privacidad de las prostitutas, determinante de la imposibilidad de establecer normas para que, quienes se dediquen o se sospeche se dediquen a la prostitución, «tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación» (art. 6).

3.º La obligación de las partes --determinante del nacimiento de derechos a favor de las víctimas de la prostitución-- «a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución... o a estimular la adopción de tales medidas por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos» (art. 16).

Fueron las dudas sobre el verdadero alcance de la autonomía individual en un espacio sometido a múltiples sistemas de presión ,abuso o dependencia ,difícilmente visualizables ,junto a la apelación a la “dignidad”,las que llevaron a tal Convenio.

España ratificó, el 18 de junio de 1962, este Tratado por lo que ,en virtud del principio de jerarquía normativa ,la legalización de la prostitución “consentida” ,exigiría previamente la denuncia del mismo.

Evidentemente ,tal obligatoriedad de la norma ,máxime en un Estado Social de derecho, exigiría eso sí , normativizar nuevas vías preventivas ,de asistencia social y económica ,y de tutela judicial (acciones de daños) e información sobre la misma ,que reforzarían la posición jurídica de las mujeres prostituidas y que brillan por su ausencia .Por poner un solo ejemplo ,el art.59 de la Ley 4/2000 ,sobre “colaboración contra las redes organizadas” ,pone más el acento en la “utilidad” de la colaboración\_- que “puede”

premiarse con la no expulsión –que en los daños sufridos por la víctima en situación de emigrante ilegal.

En realidad, el aparente éxito del modelo sueco (dónde se ha apreciado una notable disminución del número de mujeres prostitutas),frente al resultado en Holanda (dónde no solo aumenta ,sino que no han llegado al 2% las regularizaciones y los cauces de reclamación se han usado muy excepcionalmente ),tiene posiblemente más que ver con todo el aparato de ayudas sociales instrumentadas ,que no simplemente con el modelo legal (aún cuando los efectos del reproche social que conlleva la penalización del cliente no sean en absoluto desdeñables).

Por otra parte ,la constatación del peligro de sufrir violencia por parte de los clientes y los tantas veces constatados daños psicológicos en mujeres prostitutas ,se relacionan ,desde la perspectiva internacional, con el concepto de violencia de género.

La Plataforma de Beijing(fruto de los consensos de la Conferencia Mundial de Viena), aprobada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, en septiembre de 1995, define la violencia de género como «todo acto de violencia, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o **pueda tener** como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad».

Añade que «...la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y contra sus libertades fundamentales y es una de las más graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres, cuya permanencia ha sido el

resultado de la permisividad de sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia».

### III.-LA PROSTITUCIÓN ¿TRABAJO POR CUENTA PROPIA O AJENA?-.

Se ha señalado por alguna doctrina que la laboralización de la prostitución tiene su apoyo constitucional en la libertad de elección de profesión u oficio (art.35 CE) ,y en su caso ,en la libertad de empresa (art.38 CE);sin embargo , el primero es un derecho-deber ,de configuración legal a través de un estatuto de los trabajadores ,y el Estado no tiene porque considerar que toda actividad que produce un lucro económico sea una actividad empresarial ,en lo que pueden pesar indicaciones de orden público, de derechos fundamentales o de política criminal.

De manera común al contrato de trabajo o al de arrendamiento de servicios (difícilmente sería encajable en el contrato de obra que supone la obligación de un “resultado”) ,el principal problema con el que se ha encontrado la posibilidad de considerar la prostitución como profesión u oficio es el de la licitud del contrato. Es ejemplo paradigmático de nuestros manuales de Dº del Trabajo el resaltar la nulidad por “causa torpe” ,al punto de inadmitirse incluso la reclamación de salarios en base al art.9.2 ET (STSJ Cataluña de 17-9-03-AS 3211/03);solución que no parece satisfactoria al perjudicar a la parte más débil de la relación jurídica ineficaz (es interesante ,por ser búsqueda de una solución-en tanto supone constatar el problema-el voto particular de la STSJ Andalucía-Sevilla de 4-XII-03-AS 3638/03).

Ineficaz resulta el contrato contrario a la ley, la moral o el orden público (art.1275 Código Civil) o que tenga un objeto ilícito(art.3.1 c) del ET).En tanto que el art.188 del Código Penal siga castigando a quien “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma “ ,tal actividad por cuenta ajena resultará ilícita ,por contraria a la Ley. En tal sentido ,se entiende la campaña de ANELA de “lucha” a favor de la legalización de la prostitución por cuenta propia ,en la que los empresarios sólo harían negocio con la prestación de servicios a las “profesionales”(local ,copas ,habitaciones ,protección...);otra cuestión es si ello es compatible con el concepto de“no lucrarse con la explotación de la prostitución”.

La apelación a la moral , más allá de posibles consideraciones de orden público concordantes con el sentido social mayoritario en cada momento,pero en cualquier caso ha de entenderse equiparada a los valores o principios constitucionales; y es desde tal punto de vista que diferentes sentencia apelan a que la prostitución es contraria a la dignidad humana (por ejemplo , SJS Granollers 1 de 22-XI-02,STSJ Galicia 10-XI-04-que la califica además de supuesto de violencia de género-,SJS Vigo 2 de de 9 de enero de 2002, y de 7 de mayo de 2004),por lo que estaría “extra commercium” ,al tratarse de valor inspirador del ordenamiento legal.

Cierto que el sentido de la expresión «dignidad de la persona» parece en ocasiones inasible ;en muchas ocasiones la equiparamos a la autonomía individual ,como cuando se habla del derecho a una muerte digna ,aunque todos sabemos que hablamos de algo más allá de disponer de la propia vida, sino de hacerlo en las condiciones “dignas” (conocimiento, capacidad ,sufrimiento psíquico o físico... )que pueden entenderse por esa persona como

inmanentes a su dignidad. Y sin embargo ,aceptamos hoy que la falta de calidad de vida ,o de cualidades e incluso de autonomía personal ,no priva a los “discapacitados” de su dignidad(de ahí que hablemos de “personas con discapacidad”).

Los seres humanos construimos nuestra identidad no sólo a través de la comprensión de nosotros mismos y de nuestra, la construimos también a través del reconocimiento o respeto —personal y colectivo— que recibimos de los otros y que tendemos a interiorizar, sobre todo en circunstancias de inferioridad ;es en ese sentido que las mujeres prostituidas reclaman su dignidad frente a una visión estigmatizada que implica el no reconocimiento. Pero de lo que se niega la “dignidad” es de un presunto derecho a comprar o alquilar sexo ,de una relación mercantil que ignora la indemnidad sexual de las mujeres. Una concepción semejante (salvando las distancias) la encontramos en la sentencia de los Tribunales franceses que declararon contrarios a la dignidad humana los campeonatos de lanzamientos de enanos, aún mediando el consentimiento de éstos.

El reconocimiento de la persona en su propia dignidad, de fin y nunca de medio, de sujeto y no de cosa, se ha entendido, por otro lado por nuestra doctrina constitucional, como el valor violentado cuando se “cosifica” a la mujer o se “instrumentaliza” al trabajador (vid, por ejemplo las STC 53/85 sobre aborto de mujer violada,STS 212/96 sobre donación y utilización de embriones, o la STC 192 /03, sobre el control del trabajador en vacaciones).

Pero meta jurídicamente el cuerpo expresa a la persona, de tal forma que la dignidad ha fundado no solo el derecho a la integridad psico-física y la

protección contra los tratos inhumanos y degradantes ,sino que ha configurado desde el punto de vista jurídico ,todo un “estatuto del cuerpo”: los óvulos o el esperma se pueden donar –como los órganos-pero no se pueden vender ;no admitimos los “vientres “ de alquiler ; se entiende que el cuerpo humano de un cadáver puede utilizarse para fines científicos pero no para hacer jabones ;se proyecta sobre la protección de los “embriones viables” o la prohibición de clonación humana ;y dentro de tal concepción ,el sexo se intercambia en libertad ,no por un precio. Ciertamente que en nombre del Mercado, de la libertad de oferta y demanda ,ya oigamos voces a favor de la legalización de las “madres de alquiler”,por ejemplo, como de la prostitución, pero sí debemos ser conscientes de que es todo un estatuto jurídico asumido lo que estamos cuestionando y las consecuencias que ello puede traer.

#### IV-.LAS NOTAS DEL CONTRATO DE TRABAJO-.

Como tantas veces ha dicho la jurisprudencia ,el contrato de trabajo tiene la naturaleza jurídica que se deriva de la realidad de su contenido obligacional y no del “nomen iuris” que le otorguen las partes; conforme a la definición del art.1.1 ET la relación laboral ,junto a la nota del carácter personalísimo de la prestación ,se caracteriza por los elementos esenciales de “voluntariedad”,”retribución”,”ajeneidad” y sobre todo “dependencia” ,que es el carácter esencial que sustenta la presunción de laboralidad del art.8.1 del ET.

La voluntariedad ,en su faceta positiva equivale al libre consentimiento ,propio de toda relación contractual ;en su vertiente negativa ,no verse obligado a realizar una actividad o permanecer en un trabajo .Más allá de las consideraciones sobre la nula “libertad “ en la decisión de dedicarse a la

prostitución ,sustentadas por los abolicionistas ,lo cierto es que también los legalistas son mucho más exigentes en lo concerniente a esta nota ,que respecto a la generalidad de las relaciones laborales :el consentimiento no sólo debe plasmarse al inicio de la relación (Holanda ,por ejemplo ,exige contrato escrito),sino que se extendería a cada uno de los actos ,so pena de violentar su libertad sexual (tanto Holanda, como Alemania parten del derecho a elegir cliente ,derecho que según los estudios realizados, resulta muy difícilmente ejercitable),amén del derecho a abandonar la prostitución en cualquier momento (esto es, también en este caso ,tendríamos que excepcionar del supuesto de pérdida de los beneficios del desempleo por negativa a aceptar un trabajo en la prostitución ,como “última actividad realizada”o “actividad habitual”, de quienes pretendan abandonarla ).

No me voy a extender en el tema de la “retribución” –en Alemania se prohíbe la exigencia de “resultados”-,no sólo en cuanto a la dificultad de garantizar un mínimo en coherencia con el derecho a aceptar o no clientes-,sino también respecto de la ajeneidad , no solo en tanto la obtención del beneficio hoy por hoy resulta punible, sino muy particularmente porque ambas cuestiones está ligadas al riesgo empresarial, y entiendo de mayor interés hacer un análisis de la nota más determinante de la relación laboral: la dependencia.

También en esta nota los legalistas parten de una noción tremendamente laxa ,admitiendo las dificultades de cohonestar la libertad sexual y la voluntariedad, con el sometimiento al círculo organicista rector y disciplinario del empresario ;así ,en Alemania se ciñe a la determinación por el empresario únicamente del lugar y tiempo de trabajo .El problema surge si

,consecuentemente, lo unimos a una remuneración por unidad de tiempo (que el empresario abonaría aunque la trabajadora se negar a realizar ningún servicio ,por exigírsele por el cliente una práctica que no está dispuesta a aceptar ,porque no se fía del cliente incluso iniciado el servicio ,porque tiene la menstruación o por cualquier causa que no tendría que verbalizar),o si partimos de un trabajo a comisión en el que ,pese a permanecer durante la jornada en el local ,la trabajadora no recibiría remuneración alguna.

Ante tales dificultades conceptuales ,los iuslaboralistas que preconizan la legalización ,como opción de futura política legislativa , concluyen que tendría que regularse como una nueva relación de carácter especial. Sería la única forma de hacer frente a otros muchos problemas derivados de la posible aplicación del régimen común a la práctica de la prostitución :la mayoría de edad en cuanto a la capacidad laboral ,la imposibilidad de un contrato para la formación ,el “ius resistentiae”,la rotación de la “oferta” entre locales del mismo o distinto empleador (movilidad geográfica ,cesión ilícita?),la clasificación profesional y movilidad funcional(¿ha de estar el alterne comprendido en el objeto del contrato?) ,la promoción o formación ocupacional ,la competencia desleal ,el régimen sancionador , ....

Se admite usualmente la dificultad que conlleva la obligada protección contra el acoso sexual y sexista. El art.7 de la LO 3/07 contiene la siguiente definición del acoso sexual y el acoso por razón de sexo: «1. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

La amplitud de la definición permite incluir toda una panoplia de comportamientos en absoluto inusuales en la prostitución (desde bromas y comentarios de mal gusto o abiertamente misóginas, alusiones groseras a la apariencia o la actividad, o gestos pornográficos, hasta la agresión física); el precepto está en la Parte General, con lo que incluye el acoso no solo del empleador o empleados, sino también de clientes. La eliminación del calificativo de “indeseado” que contiene la definición de la Directiva, nos lleva al concepto de “ofensividad”, y a la discusión de si ésta ha de apreciarse de forma “objetiva” (aquello que generalmente ofende a las mujeres ¿ofende también a las mujeres prostituidas?) o “subjetiva” (la mujer prostituida debe acreditar que le resultó humillante o degradante y que explicita o implícitamente lo hizo saber al acosador). En todo caso el “propósito” (con intención...) de ofender, intimidar o humillar a la mujer prostituida, es meramente alternativo al “efecto” o resultado producido en el entorno, más allá de la intencionalidad. ¿La aceptación de ese entorno, como requisito para

el empleo ,es o no constitutivo de discriminación por razón de sexo?.He aquí uno más de los dilemas que plantea la laboralización de la prostitución.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social ,también se hace alusión a peculiaridades ,para apuntar la necesidad de un tratamiento excepcional ,en aquellas necesidades prestacionales más básicas (una vez la atención sanitaria está universalizada y no ligada al trabajo ,sino a la ciudadanía) :por ejemplo, la limitación en el tiempo de la profesión (al menos por cuenta ajena) ,con la dificultad de cubrir las exigencias carenciales y tener como única opción real – como ahora- las pensiones no contributivas (dada la última reforma de la jubilación y su ligazón cuantitativa a los años cotizados –que ya de por sí afecta negativamente a las mujeres ,habitualmente con carreras de seguro más cortas e intermitentes-el esfuerzo contributivo podría llevar a resultados pírricos ) ,o la cobertura de desempleo también en los supuestos de pretender el abandono de la prostitución (protección que en los sistemas legalistas hasta ahora solo se proporciona en el caso holandés y a través de un subsidio especial).

#### TRABAJADORAS AUTÓNOMAS-.

La posibilidad de configuración de la prostitución como trabajo por cuenta propia ,tiene sus propias dificultades legales.Por los partidarios de la “legalización” suele hacerse especial hincapié en la SAN de 23-XII-03 (Caso Mesalina) que señalaba que la prostitución de mayores de edad ,libremente consentida ,era lícita en España;obvian que tras el correspondiente Recurso,la STS de 27-XI-04 ,no quiso seguir ese camino y se centró en que si las empresas precisaban para el funcionamiento de sus establecimientos hosteleros personal laboral (camareros ,limpiadoras,etc) estaban legitimados

para asociarse en defensa de intereses en ese marco de relaciones laborales, sin que pudiera presumirse que pretendieran fomentar o explotar la prostitución. En puridad, como ya dijimos, la libertad de empresa no ampara que cualquier actividad sea considerada como lícita o regulada (como no lo es, por ejemplo, la de especulador o concursante televisivo).

Si atendemos al concepto de “autónomo” del art.1.1 de la Ley 20/07 de 12 de Julio (al igual que el art.2 del Decreto 2530/70, que regula el RETA), la exigencia de la acreditación de la nota de habitualidad, tendría como solución –más allá de las dificultades de control por la Inspección de trabajo– la doctrina jurisprudencial sostenida respecto de los agentes de seguros de la posible cobertura a partir de un “umbral mínimo” de ingresos, con todas las dificultades de su alcance y las probatorias que conlleva.

La posibilidad del ejercicio por cuenta propia en locales empresariales de terceros, nos llevaría al posible encuadramiento como “autónomos dependientes” (siempre y cuando sólo lo hicieran en un solo local, y con las dificultades de considerarlo el “único cliente” y su relación con la explotación penalmente prohibida); pero también aquí me parece difícil aceptar que pudieran cumplirse los requisitos, al menos, de los ap. c) y d) del art.11, que exigen: “c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.”

## A MODO DE CONCLUSIÓN

El ejercicio de la prostitución ,en nuestro país ,más que una zona gris ,constituiría una zona negra ,con normativa deslavazada y tratamiento no coordinado entre Administraciones públicas, con enormes dificultades ,no solo de “lege data” sino también de “lege ferenda” para su regulación como trabajo por cuenta propia y ajena con adecuada protección .Partiendo del déficit de ciudadanía que tal colectivo sufre ,quedan muchos instrumentos inexplorados y posibles para el reforzamiento jurídico de las mujeres prostituidas ,muy particularmente las inmigrantes en situación ilegal ,a mi entender con un horizonte abolicionista. Volviendo al título de la Ponencia ,me parece más conveniente poner nuestros afanes ,por ejemplo, en la consecución o regulación de una renta básica de ciudadanía ,que en una ardua y conflictiva “laboralización” de la prostitución.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BENLLOCH SANZ, Pedro, «¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne», Aranzadi Social, núm. 17, 2003.
- GAY, Silvia; OTAZO, ENAUT/SANZ, Marian, «¿Prostitución = Profesión? Una relación a debate», Aequalitas, núm. 13, 2003.
- LOUSADA AROCHENA, Fernando – “Prostitución y trabajo: la legislación española”-Revista La Ley ,nº 3-2007.
- OSBORNE ,Raquel—“Trabajadoras del sexo .Derechos ,migraciones y tráfico en el siglo XXI”-Ediciones Bellaterra,2004
- REY MARTÍNEZ, Fernando; MATA MARTÍN, Ricardo; SERRANO ARGÜELLO, Noemí- Prostitución y Derecho- Editorial Aranzadi, 2004.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, «El Tribunal Supremo zanja el Caso Mesalina», Aranzadi Social, núm. 21, 2005.
- SERRA CRISTÓBAL,Rosario (coordinadora)-.”Prostitución y Trata”- Edit.Tirant lo Blanch, 2007.



