

POR SYLVIA GAY.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.

Y EÑAUT OTAZO Y MARIAN SANZ.

Investigador/a del Seminario "Feminismo y Derecho",
Facultad de Derecho,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea.

¿PROSTITUCIÓN = PROFESIÓN? UNA RELACIÓN A DEBATE



1. LIBERTAD INDIVIDUAL Y PROSTITUCIÓN

“El fenómeno de la globalización tiene consecuencias en todos los aspectos de la realidad social. Posiblemente, una de las más dramáticas sea la reaparición del mercado de personas, sobre todo de mujeres, como gran negocio emergente equiparable a lo que ha venido siendo el tráfico de armas o de drogas. No todas las redes de tráfico ilegal de personas (relacionadas o no con la prostitución) son redes esclavistas pero, sin duda, todas están ligadas a situaciones de pobreza y al tratamiento que desde los países ricos estamos dando al tema de la inmigración”¹.

La globalización y la gran brecha entre países ricos y países pobres, entre el Norte y el Sur, al tiempo que las escasas oportunidades de supervivencia en sus países de origen, está provocando movimientos migratorios de alcance incalculable, con un protagonismo de las mujeres que obliga a contemplar la inmigración desde una perspectiva de género puesto que la indiscutida “feminización de la pobreza en el planeta ha derivado en la feminización de la emigración transnacional”². Las mujeres inmigradas, sea cual sea su nivel de estudios, capacitación y origen, tienen poquísimas posibilidades de trabajar en alguna esfera alejada del trabajo doméstico, la hostelería y los servicios personales, entre los que destaca el cuidado y atención de nuestros/as familiares y la prostitución. Todas ellas conforman una gran diversidad de perfiles, solteras o casadas, con hijas e hijos o sin ellos, sin formación o altamente calificadas, mujeres de áreas rurales o urbanas, mujeres con un proyecto migratorio de corto plazo, de ida y vuelta, o las que aspiran poder asentarse definitivamente; mujeres que emigran de forma autónoma, otras que están sujetas a redes de tráfico de personas.

La lógica masculina domina el mercado de trabajo y en él la población inmigrante forma parte de una “infraclase” laboral necesaria para el sistema económico imperante que se caracteriza por la precariedad, la temporalidad, los bajos salarios y la economía sumergida. Pues bien, en este mercado de trabajo, las mujeres inmigrantes se las está considerando como el viejo “ejército de reserva” que necesi-

taba el capitalismo en el Siglo XIX y están ocupando los espacios laborales que nosotras no queremos. Espacios de un mercado de trabajo secundario en actividades marginales, con inferiores garantías laborales y bajos ingresos, con escásima organización colectiva y con nulas posibilidades de promoción laboral, sin olvidar, por descontado, las situaciones de explotación, discriminación y de abusos laborales y sexuales.

Resaltamos que la carencia de un estatuto jurídico y de instrumentos para hacer valer sus derechos es el punto clave con el que se enfrentan las mujeres inmigrantes, agravándose su situación irregular cuando llegan a través de redes ilegales de inmigración y se encuentran trabajando en el servicio doméstico o en la prostitución. En estos casos, “las estrategias de supervivencia pueden situarlas en la ilegalidad, la alegalidad o, cuando menos, en una precariedad o vulnerabilidad graves”³.

En este sentido consideramos la prostitución desde la vertiente de la persona que la ejerce, de la libertad para elegir su profesión y del modo como puede desempeñarla, enfocándola, por tanto, como un trabajo y no como un problema social. Estaríamos, pues, en el tránsito de la prostitución hacia el ámbito de la sociología del trabajo, abandonando el ámbito de la sociología de la marginación, como una estrategia más que posibilite la incorporación al mercado de trabajo, con plenos derechos y garantías, de este colectivo de trabajadoras tradicionalmente excluido de toda consideración laboral. Y es por ello que, desde un prisma ius laboralista, vamos a analizar la prostitución libre, ejercida por personas adultas como actividad profesional, como actividad económica que está demandando una respuesta jurídica, una respuesta reguladora de este trabajo.

Partiendo de la libertad individual para elegir su profesión, el análisis de la prostitución lo situamos en el sistema constitucional, es decir en el Estado social y democrático de Derecho⁴, en el que los valores superiores de libertad e igualdad han de garantizar un estatuto de libertad individualizado en cada ciudadano/a y una igualdad material que comprenda no sólo la pro-

1

Forum de Política Feminista. *La prostitución desde un punto de vista feminista*. Taller de Madrid, Madrid, 2001, p. 100.

2

HOLGADO FERNÁNDEZ, ISABEL. “Las nuevas retóricas de la inmigración femenina: la prostitución en las calles de Barcelona”. *Revista Scripta Nova*, Universidad de Barcelona, n° 94, 2001, p. 1.

3

LÓPEZ MÉNDEZ, IRENE. “El derecho a tener derechos y el marco jurídico de la inmigración y el tráfico de mujeres”, in Elena Bonelli y Marcela Ulloa (coord.), *Tráfico e inmigración de mujeres en España, colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*, ACSUR-Las Segovias, Madrid, 2001, p. 27.

4

El art. 1.1. CE define a España como un “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.



hibición de discriminación sino una posición activa ante los obstáculos factuales que dificultan esa igualdad.

Este nuevo modelo de Estado fundamentado en las nociones de libertad e igualdad y con una interpretación armónica de los preceptos constitucionales 1.1, 14⁵ y 9.2⁶ garantiza el estatuto básico de libertad de su ciudadanía. Sin embargo, el Estado, en el ejercicio de su *ius puniendi*, puede, por sentencia penal, restringir este estatuto básico de libertad de sus ciudadanos y ciudadanas. En estos casos, para que este ejercicio no constituya un abuso, se necesita primero de todo un presupuesto habilitante, el delito, que ha conmocionado el *statu quo* de la sociedad al lesionar un bien jurídico que la legislación penal quiso proteger; y es esa lesión la que habilita la reacción de los poderes públicos.

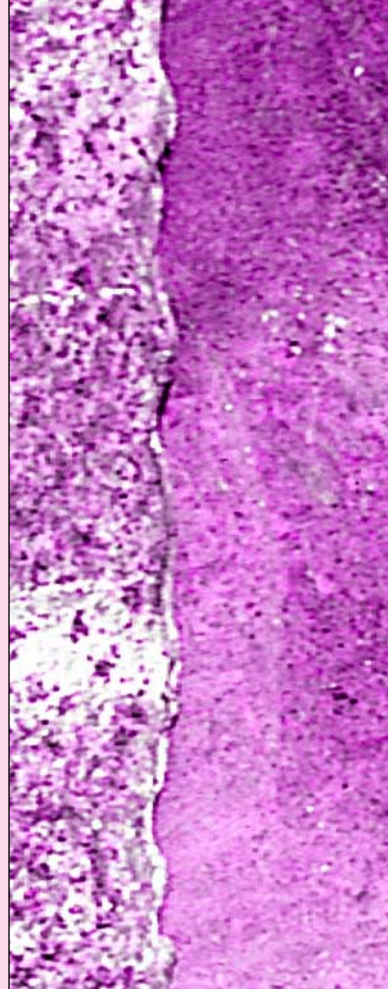
Lo que ocurre con la prostitución, en este marco, es una asombrosa paradoja. Sin que haya lesionado ningún bien jurídico (la legislación penal, como veremos, no lo ha previsto como delito) se encuentra, sin embargo, aislada en una bolsa de alejamiento, opaca tanto al Estado Social (irregularidad y clandestinidad de la actividad, negación de derechos socioeconómicos), como al Estado Democrático (lagunas en los derechos fundamentales) como al Estado de Derecho, por la evidente dificultad en acceder a la tutela judicial ordinaria en defensa de sus derechos.

No hay, en la misma Constitución, razones para mantener esta alejamiento ni tampoco contiene preceptos que, por su contenido material, puedan suponer antinomias insalvables en este tema. Habrá quien piense, quizá, en el derecho fundamental a la dignidad. El Estado no puede, podría pensarse, procedimentalizar vías para una violación sistemática y “autorizada” o “legal” de un Derecho Fundamental. Pero la dignidad es un derecho fundamental muy particular, en cuanto variable según la evolución social y relativo ya que, además, esa relatividad está institucionalizada en el propio Derecho. Decimos esto porque el derecho procesal penal excepciona sus propias reglas de derecho público y abstiene al Ministerio Fiscal de intervenir precisamente en los delitos que tengan al honor y la

dignidad como bienes jurídicos protegidos: injurias y calumnias contra particulares, donde la acción penal de ejercerse lo ha de ser forzosamente por el acusador privado. En consecuencia, la ciudadanía puede decidir por sí misma qué es lo que considera y no considera digno, y esa opción será lícita siempre que se dé en libertad. Cosa diferente es que ésta falte, pero entonces ya no hablamos de dignidad, sino de libertad, valor superior del ordenamiento con sus consecuencias afirmativas y negativas: el derecho a hacer y a no hacer, a abstenerse y a no abstenerse.

Situada así la prostitución en el marco constitucional, el Código Penal de 1995 (CP) despenalizó completamente la prostitución, no sólo no previéndola como delito, sino derogando también cuanto pudiera quedar en vigor de la Ley 16/1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que la castigaba. Al mismo tiempo, penalizaba, por un lado, la explotación de la prostitución de menores, y por otro el proxenetismo sobre personas cuyo consentimiento para prostituirse hubiera sido viciado. Ello da muestra representativa de la idea que de la libertad sexual tenía el legislador penal, mientras que en la libertad patrimonial el vicio de consentimiento acarrea, por lo general⁷, la nulidad del negocio (y a lo sumo, en su caso, una⁸ indemnización por daños y perjuicios), el vicio sobre la libertad sexual no era ya un acto nulo, sino propiamente un delito. El CP concebía, pues, la libertad sexual como una libertad necesitada de especial tutela y desde esta perspectiva tomó la importante y valiosa decisión de no castigar la prostitución.

Ahora bien, la situación de la prostitución así configurada se ha visto sustancialmente trastocada con las últimas reformas legislativas. Ya en 1999 se amplió el espectro descriptivo de los vicios de consentimiento a prostituirse, introduciendo los conceptos de intimidación y vulnerabilidad en el art. 188 CP. Pero la principal modificación del citado artículo ha sido la yuxtaposición, operada recientemente por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, del delito de lucrarse explotando la prostitución de otra persona aún con el consentimiento de ésta.



5

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

6

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

7

Quedarían al margen determinados supuestos extraordinarios de delitos contra el orden socioeconómico.

8

LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE 30-9-2003).

9

El Tribunal Supremo ha definido el tratamiento médico requerido por la lesión para su sanación como “aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o unas lesiones sobrevenidas o tratar de reducir sus consecuencias, existiendo aquél, desde un punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente al logro de la sanidad de las personas, en tanto se halla prescrito por el profesional médico” (TS 2ª S. 22-3-1999).

10

Art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores: “La presente Ley será de aplicación 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”.



No se puede decir, sin embargo, que esta nueva concepción del CP en materia de prostitución zanje negativamente el debate de una regulación laboral de la misma. En primer lugar, porque ni siquiera el propio Código Penal dice eso ya que exonera de responsabilidad criminal a quien se prostituye. ¿Cómo deducir, entonces, que se trate de una actividad irregular? Pero, incluso, en aquello en que la ley penal es explícita, esto es, en tipificar el lucro de prostitución ajena, la solución aportada por la legislación penal se revela problemática. Difícilmente se puede entender el encaje de la punición del lucro de una actividad ajena e inocua en un sistema constitucional presidido por los valores superiores de libertad e igualdad (1.1 CE), en el que los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos que impidan la plena y efectiva igualdad de los ciudadanos/as (9.2 CE), donde nadie pueda ser discriminado por ninguna circunstancia personal o social (14 CE), donde se reconoce la libertad de oficio (35.1 CE) y de empresa (38 CE) y donde los sindicatos de trabajadores/as y las asociaciones empresariales son pieza esencial del carácter social del Estado (7 CE).

Por tanto, el Código Penal no cierra las vías a una laboralización autónoma o asociada del ejercicio de la prostitución y presenta serias dudas de constitucionalidad cuando impide una laboralización asalariada del mismo.

En cualquier caso, merece insistir en que no hay bienes jurídicos lesionados por la prostitución (de ahí su atipicidad), y así, es casi un absurdo defender que ésta debe continuar al otro lado de la legalidad. Para evitar tal conclusión, sin embargo, hay quien ha defendido la imposibilidad iuslaboralista de considerar dentro de sí esta actividad por atender contra sus principios configuradores básicos. Alegan para ello el derecho fundamental a la integridad física (e inviolabilidad del propio cuerpo), el grado lesivo del desempeño de la actividad y la falta de libertad. Sin embargo, olvidan éstos que el grado de corporalidad no puede ser una razón concluyente en Derecho. No sólo todo trabajo implica alguna corporalidad sino que

algunas veces esa corporalidad es absolutamente explícita: piénsese en el actuar de numerosos artistas de circo, o profesionales de espectáculos y películas pornográficas. Actividades que, como fenómeno, pueden gustar más o menos, pero cuya laboralidad nadie discute, disponiendo desde hace más de 15 años de su correspondiente regulación.

Tampoco son las “lesiones” un argumento deslaborizador, pues en sentido técnico, no estamos ante tales. El Código Penal entiende éstas como la producción de un menoscabo físico o mental que requiera para su sanación un tratamiento médico o quirúrgico además de una primera asistencia facultativa ⁹. Va de suyo, por tanto, que el ejercicio de la prostitución no puede responder a una definición semejante.

Sí lo es, en cambio, la falta de libertad (art. 1.1 ET) ¹⁰. Si no hay libertad, no hay relación jurídica válida en Derecho. La noción de libertad en el derecho del trabajo hay que ponerla inmediatamente en relación con las libertades comunitarias fundamentales sobre las que se construyó la Comunidad Económica Europea (recogidas hoy, como no podía ser de otro modo, en el Tratado de Amsterdam y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) y que, fundamentalmente son, la libertad de circulación de trabajadores y trabajadoras, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios.

La libertad de circulación y establecimiento hay que entenderlas otorgadas a personas tanto físicas como jurídicas. El derecho de desplazamiento otorga el derecho a entrar y salir de cualquier Estado miembro sin imposición de visado, incluyendo este derecho no sólo al trabajador/a sino también a su familia. Para poderse establecer en territorio de la UE las personas extranjeras no comunitarias tienen que obtener un permiso de estancia en cuya tramitación la Administración goza de cierta discrecionalidad para otorgarlo o denegarlo. Cuestión que no ocurre con las nacionales de un Estado miembro, para las que la concesión de la tarjeta requerida es automática y sin valoraciones administrativas. Las únicas restriccio-

nes que cabe efectuar sobre estos derechos se circunscriben a la estimación de razones de salud pública, orden público o seguridad pública, siendo inapelables estos últimos si la causa “pública” es meramente de intereses económicos del Estado.

Por otro lado, Europa ha funcionado siempre, en su propósito de abrir la puerta a la mayor actividad económica posible, con un concepto amplio de “servicios”, que englobaría toda prestación realizada a cambio de una remuneración, sea técnicamente un salario percibido por una prestación por cuenta ajena, sea el precio directo puesto a su actividad por el autónomo/a o trabajador/a por cuenta propia. Ello viene a romper la inercia de considerar una UE integrada por trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, realidad que, además de no ser la única, está perdiendo su hegemonía como consecuencia de las medidas de autoempleo.

Nada de lo hasta aquí dicho obsta para que la prostitución resulte sistemática dentro de este esquema, sobre todo, por la noción amplia de prestación de servicios que vemos impera en el Derecho europeo. De hecho significativa jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas avala, como se verá, la posición integradora de la prostitución en el mundo laboral.

2. MODELOS DE INTERVENCIÓN LEGISLATIVA

El debate actual, tanto en el feminismo como en los ámbitos jurídico y social, se centra en si se debe regular o no la prostitución sacándola de la situación de alegalidad en que se encuentra y qué papel debe desempeñar el Estado. La cuestión no se plantea ya en términos de moralidad, el dilema es si la prostitución es una forma de explotación que debe ser abolida (o incluso perseguida) o una profesión que hay que regular, situando uno de los núcleos principales del debate en la distinción entre la prostitución forzada y la prostitución libre.

Teóricamente el derecho a prostituirse pertenece a la esfera de la libertad individual de la persona y, por tanto, existe



en Europa una prostitución autónoma de mujeres, marginal en aspecto cuantitativo. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, la prostitución en nuestro entorno se caracteriza por la fuerte presencia de mujeres inmigrantes¹¹ que, en numerosos casos, sufren condiciones de *para-esclavitud* sin ninguna posibilidad de ejercicio de su libertad, lo que obliga a establecer una política legislativa y a un tratamiento conjunto de la prostitución forzada y de la inmigración, adoptando todos los países de la UE una acción común.

El detonante que ha desencadenado la intervención legislativa no ha sido más que el gran aumento de la prostitución, especialmente la de calle, que ha creado un malestar ciudadano frente al cual los gobiernos europeos, con mejor o peor fortuna, están reaccionando, estableciendo diversas medidas para reducir su emergencia al tiempo que se legisla sobre el tráfico de personas¹². Europa se pregunta qué hacer con dos millones de prostitutas.

Las medidas tienen como objetivo por un lado, reforzar la lucha contra el proxenetismo, formado por redes mafiosas que han proliferado y que explotan sobre todo a las inmigrantes ilegales y, por otro, erradicar la prostitución callejera. Los caminos para conseguirlos son distintos: Holanda y Alemania optaron por dar carácter laboral a la prostitución; Suecia persigue a los clientes; Francia e Italia se dirigen hacia la prohibición de la prostitución en la vía pública y en España, además de la creación en el Senado, en marzo de 2002, de una Comisión Especial sobre la prostitución, el Gobierno presentó en marzo de 2003 el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, Violencia doméstica e Integración social de los extranjeros convertido hoy en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que supone una intervención legislativa modificadora del Código Penal encaminada hacia el mismo tipo de medidas de Francia e Italia, como veremos más adelante.

Pues bien, desde una perspectiva jurídica, el Estado dirige su actuación sobre la prostitución por tres vías: la penalización, la tolerancia reduccionista y la regulación promotora de derechos. Estas vías

permiten identificar los diferentes modelos de intervención legislativa por los que transcurren los ordenamientos jurídicos.

2.1

Prohibicionismo.

Este modelo se basa en la represión penal del ejercicio de la prostitución y prohíbe la compraventa de prestaciones sexuales, rechazando tanto la prostitución como el proxenetismo como ilícitos penales y establece medidas coercitivas que se dirigen tanto a las prostitutas como a los proxenetas. La prostituta, para el prohibicionismo, no es una víctima, sino una delincuente.

La justificación de un modelo semejante resulta bastante problemática desde la óptica de los criterios político-criminales empleados. No se comprende bien qué sistemática se emplea (y en torno a qué bienes jurídicos) para estimar la comunión delictual de un proxeneta con las personas a las que prostituye y, al mismo tiempo, defender la total atipicidad del papel del cliente, obviado por las legislaciones nacionales que, incluso puede servir, como en el caso de Egipto, de testigo de cargo. La incoherencia prosigue al advertir la radicalidad con que se condena a la prostituta individual mientras se toleran (o se connive) con los centros oficiales de prostitución al servicio de las autoridades de los diferentes regímenes o de turistas que aportan suculentas divisas a esos sistemas.

El prohibicionismo no es respetuoso con la regulación internacional en todos sus aspectos salvo en su condena al proxenetismo y no permite el reconocimiento de la actividad de la prostitución, persiguiendo policial y jurídicamente su ejercicio. Irlanda, salvo error u omisión, es el único Estado de la UE en el que la prostitución está tipificada como delito. Ciertos Estados supuestamente abolicionistas tienen en muchos puntos de su legislación medidas prohibicionistas, en el sentido de que se sigue penalizando a las mujeres que ejercen la prostitución, como Estados Unidos (se penaliza la prostituta y el cliente), Inglaterra (se penaliza la prostitución de calle), Canadá (se penaliza la provocación o vivir de las ganancias de la prostitución).

11

Tipología de prostitución extranjera:

- a) formas de prostitución de importación: mujeres que ya ejercían la prostitución en sus países de origen;
- b) formas de prostitución que nacen y se desarrollan en el país de destino: mujeres que comienzan a ejercer voluntariamente o porque se encuentran en una red ambigua de relaciones sentimentales;
- c) formas de prostitución de trata: mujeres que son arrancadas de sus países mediante violencia o fraude, transportadas a otro país y obligadas a ejercer la prostitución.

Vid. Proyecto CLES, *Barcelona, París, Turín: intervenciones sobre la prostitución extracomunitaria*, Turín, 2002, pp. 33 y 34.

12

Espacio Schengen (1985) en vigor para España 1-3-1994, establece nuevas restricciones en las fronteras españolas; Resolución PE de 18-1-1996 define la trata de personas como “*acto ilegal de quien directa o indirectamente facilita la entrada o la residencia de un ciudadano procedente de un tercer país con el objetivo de explotarlo mediante engaño o cualquier tipo de coacción o abusando de una situación de vulnerabilidad*”.

El Consejo de 24 de febrero 1997 establece una Acción Común en la que se define con mayor detalle la trata de personas como “*cualquier comportamiento que facilite la entrada, el tránsito, la permanencia y salida del territorio de un estado con el objetivo de explotación sexual con fines de lucro de una persona no menor, cuando se recurra a medios de coacción, en particular violencia o intimidaciones, engaño, abusos de autoridad u otras presiones que determinen que la persona no tenga más alternativa que ceder a las presiones o abusos*”.

El Tratado de Amsterdam (octubre 1997), refuerza la defensa de los derechos e intereses de las personas comunitarias, desarrollando la UE como espacio de libertad, de seguridad y justicia y armoniza las políticas sobre migraciones y la cooperación judicial y penal en materia de tráfico de personas. El Consejo Europeo extraordinario de Tampere (15-16/10/1999) recoge en sus conclusiones que “*el Consejo Europeo está resuelto a afrontar de manera radical la inmigración ilegal, sobre todo reprimiendo a quienes se dedican al tráfico de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes*”.

La Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (DO n° L 203 de 1-8-2002) completa los instrumentos anteriores y debe contribuir a la prevención de la trata de seres humanos y a la lucha contra este fenómeno en la que se definen las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual y las correspondientes sanciones y responsabilidades.

13

Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, que, junto con su Protocolo final, se le denomina comúnmente como texto único “Tratado de Lake Success” y que ha sido ratificado por 74 países según datos de las Naciones Unidas a febrero de 2002. España ratificó el Convenio el 18 de junio de 1962 sin realizar ninguna reserva.



Suecia está siendo el ejemplo paradigmático de prohibicionismo *impropio* al penalizar al proxeneta y al cliente o usuario de prestaciones sexuales y no a la prostituta. La criminalización de la conducta se basa en que se considera una forma de violencia de género contratar los servicios de una prostituta. El enfoque sueco se aparta del prohibicionismo clásico, siendo en la legislación comparada el único país que ve ilicitud (incluso penal) en el mero acto, y no sólo en los eventuales problemas de urbanidad o en el lucro indebido de los proxenetas. La prostitución de acuerdo con la legalidad internacional no es un delito pero el proxenetismo sí, sancionado con 4 años de prisión, y tipificando también el hecho de no evitar que el tercero a cuya disposición se ha puesto un local lo destine a fines de prostitución (si se conoce esa circunstancia).

La vigente Ley sueca sobre prohibición de compra de servicios sexuales (en vigor a partir del 11 de enero de 1999) condena a 6 meses de prisión y multa a todo el que a cambio de pago obtenga una relación sexual ocasional. Esta regulación busca la erradicación de la prostitución en su conjunto pero, sobre todo se encamina a la de calle y así se han previsto una serie de medidas sociales de ayuda a las prostitutas, como la asistencia médica gratuita y una pensión de jubilación de base. Pero, al no estar reconocida la prostitución como actividad profesional, no disfrutan de baja por enfermedad ni de vacaciones. Es sorprendente que aquellas prostitutas que trabajan como autónomas deban hacer declaración de IVA y que las que trabajen “por cuenta ajena” (es decir a la orden de un proxeneta delincuente) y obtengan “un salario” tengan la obligación de presentar la declaración de IRPF.

Por primera vez nos encontramos con una regulación que ataca frontalmente la causa de la prostitución: la demanda de servicios sexuales. Es de subrayar que se abordan tímidamente las necesidades reales de las prostitutas aunque resulta incoherente no reconocer la prostitución como actividad económica (y castigar a quien la pide) y acotar minuciosamente todo lo relativo al régimen fiscal del lucro que se obtiene de ella.

2.2

Abolicionismo.

El abolicionismo, que al término de la II Guerra Mundial parecía auspiciado por la normativa internacional¹³, no separa la prostitución de la trata de personas pues siempre considera que aquella entra en la categoría de violencia contra la mujer ni tampoco distingue entre prostitución forzada y libre o entre prostitución infantil o adulta (toda prostitución supone la privación de los derechos humanos de las mujeres y de los niños y las niñas ya que consiste en la venta del propio cuerpo y su puesta a disposición para la satisfacción de otro). Lo que popugna el abolicionismo es criminalizar al proxeneta y no castigar ni controlar a las personas que la ejercen, resignándose en todo caso a tolerar la prostitución como mal menor o inevitable. No obstante, paralelamente, se intenta erradicarla a través de medidas sociales de prevención y reinserción a corto y largo plazo. En ocasiones el discurso abolicionista se muestra hostil hacia el cliente, dado que éste es un cooperador necesario en una relación considerada indeseable e idealmente abolible, acercándose, por tanto, a lo que aquí llamamos prohibicionismo *impropio*. Para el abolicionismo la prostituta ya no es una delincuente sino que es considerada como víctima.

El abolicionismo considera que la prostitución y los males que la acompañan son incompatibles con la dignidad humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad. En definitiva, la prostitución simboliza la supervivencia de la esclavitud y el sometimiento total y absoluto de la mujer por lo que no puede ser aceptada desde el punto de vista social, moral y jurídico. Es curioso que no se cuestione el sometimiento de la mujer en otras estructuras sociales y sí se haga en un ámbito donde transgrede su rol de género y sexualidad y adquiere autonomía económica y poder de decisión. Por ello, el Tratado de Lake Success¹⁴ no penaliza a la prostituta pero sanciona a todo aquel/lla que contrate, lleve, engañe a una persona para que se prostituya aunque medie consentimiento (Arts. 1 y 2), castiga a toda persona que dirija, alquile

14

Comienzan a alzarse voces para que se refuerce y se expanda el Convenio de 1949 mediante un nuevo Convenio contra todas las formas de explotación sexual que, entre otras cosas, “haga de toda la prostitución y el tráfico violaciones a los derechos humanos de las personas; que discrimine a las mujeres en la prostitución; que criminalice a los alcahuetes y clientes. Que esta nueva convención también encare los servicios sociales, las oportunidades educacionales y las alternativas económicas necesarias para los sobrevivientes de la explotación sexual”. G. RAYMOND, JANICE. *Coalición contra el tráfico de mujeres*. Informe para el Relator Especial sobre violencia contra la mujer, Naciones Unidas, Ginebra, Mayo 1995.



o financie un local de alterne (Art. 6) y prohíbe toda Ley o Reglamento que obligue a las prostitutas a inscribirse en listas, queriendo erradicar cualquier viso de control, y, en definitiva, de reglamentismo. Dado que se sanciona hasta en el caso en el que medie consentimiento, se considera que siempre hay explotación y que la prostituta nunca ejerce libremente su trabajo. Esta afirmación de ausencia de libertad en el ejercicio de la prostitución nos parece exagerada e incompatible con los valores superiores del ordenamiento que imperan hoy en día, sobre todo con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Si el abolicionismo considera a la prostituta como una víctima es incongruente que se le apliquen medidas que se llevan a cabo normalmente con enfermos o delincuentes.

En la actualidad, hay numerosos países abolicionistas que al abordar la prostitución, además de actuar con medidas prohibicionistas están impregnándose de categorías reglamentistas (Grecia y Turquía en los que las prostitutas deben inscribirse en un registro y acudir a una clínica para someterse a reconocimientos regulares), Austria (permite ejercer la prostitución en casas de tolerancia registradas), Bélgica (se tolera la prostitución en clubes, bares y escaparates en la calle).

2.3

Reglamentismo.

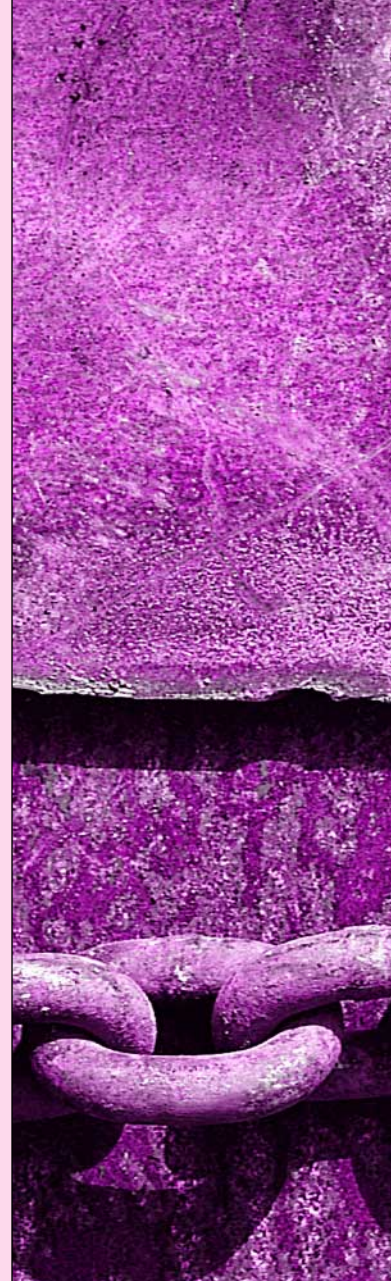
Cuando se habla de dotar de un régimen jurídico al fenómeno de la prostitución existen dos corrientes radicalmente diferentes y para las que se emplea el mismo término de “regulación”. Para diferenciarlas, hemos optado aquí por llamarles regulacionismo y reglamentismo. Éste último asienta sus tesis sobre dos principios fundamentales: la necesidad de que la prostitución sea ejercida en lugares que no sean la calle, y la necesidad (subsidiaria en ocasiones, concurrente en otras) de que se controle administrativamente a quienes desempeñen la actividad. En él, la prostituta no es víctima sino una persona potencialmente conflictiva.

Las personas partidarias de las tesis reglamentistas parten del derecho, constitucional a menudo (y también en nuestro sistema: 17 CE) de la seguridad ciudadana.

Es imprescindible para ellas, por mera transitabilidad y mayor urbanidad, que la prostitución no se ejerza en la vía pública, y la máxima legitimación dogmática del derecho fundamental en que se basan permite, por colisión de derechos, medidas incluso francamente radicales, donde el derecho a la intimidad de quien se prostituye constituiría ciertamente un límite, pero no tan insoslayable. Sin embargo, y esgrimiendo los derechos de libre transitabilidad e intimidad de que también son titulares las prostitutas, hay quien ha elevado sus voces críticas contra estas posturas. En primer lugar, en el estatuto básico de libertad garantizado por las constituciones occidentales a su ciudadanía, la evolución de la prevención médico-ginecológica hace que ya no se justifique el reglamentismo en términos de salud pública: la experiencia demuestra que la prostituta, primera interesada en mantener su cuerpo sano, es con mucha mayor frecuencia la agredida por una enfermedad de transmisión sexual. Además, la desmedida actuación administrativa (sobre todo cuando se traduce en apertura de fichas, etc.) puede acarrear tremendos costes y renuncias en su derecho a la intimidad, tan fundamental como cualquier otro que se esgrima.

Qué duda cabe, para estas corrientes críticas, que las prostitutas son las primeras interesadas en que se mantenga la seguridad ciudadana (para no ser víctimas de robo ni agresiones, huir de la rueda de delincuencia que a menudo se desarrolla en la calle y preservar, hasta cierto punto, también a los clientes de la misma), pero esconderlas de la calle cuando la dañosidad no está en ellas es, para estas posturas, esconder el problema golpeando al más frágil. También es evidente que el reglamentismo, lo pretenda o no, acaba respondiendo a intereses poco confesables rayanos en lo meramente estético o (y esto es más innoble aún) económicos.

Va a ser **Francia** con la Ley para la seguridad interior, de marzo de 2003¹⁵, la que inaugura, al máximo nivel legislativo, el modelo reglamentista actual. Esta intervención tiene su origen en una situación de orden público (quejas y protestas en la ciudadanía por el auge de la prostitución de calle y la insuficiente respuesta



15

Ley n° 2003-239, de 18 de marzo, para la seguridad interior (JO 19-3-2003), que había sido precedida por la Ley n° 2002-1094, de 29 de agosto, de orientación y programación para la seguridad interior (JO 30-8-2002).

16

Según los datos del OCRTEH, Office central pour la repression de la traite des êtres humains, recogidos en el Informe del Senado francés, n° 34 de 29 de octubre de 2002, las prostitutas de calle viven una situación de auténtica explotación puesto que de los 450 a 760 € que ganan al día sólo se quedan con 45 €, estimándose que los beneficios de los proxenetas son similares a los de los traficantes de drogas (de 2,3 a 3 Millones € de los cuales el 70% iría a manos de los proxenetas).

17

Le Monde, 9 de mayo de 2003.

18

Libération, 12 de mayo de 2003.

19

La Ley Merlin de 20 de febrero de 1958 que adapta el Tratado de Lake Success al ordenamiento italiano, contiene tesis abolicionistas, clausura las “casas de tolerancia” e inicia una filosofía punitiva de la prostitución.



de la legislación anterior), dotando, por esta Ley, a las Fuerzas de Seguridad de medios para combatir, con mayor eficacia, la inseguridad, la delincuencia, el tráfico de personas y por tanto, implícitamente, el imparable desarrollo de la prostitución de calle¹⁶, todo ello en aras del mantenimiento de la paz social y del orden público y de la protección de las personas.

El art. 50 de la Ley de seguridad interior realiza importantísimas modificaciones en el art. 225 del CP. Tipifica el delito de “racolage” (captación de clientes para transaccionar relaciones sexuales a cambio de dinero) en sus dos tipos: el “*racolage actif*” (ofrecer abiertamente relaciones sexuales a cambio de dinero) y el “*racolage passif*” (consistente en el mero hecho de incitar en la vía pública, o ubicarse permanentemente en una determinada calle o llevar una indumentaria peculiar y provocativa), sancionando el delito con pena de dos meses de prisión y 3.750 € de multa. Este mismo artículo 50 introduce al art. 225. CP otro apartado, el n.º 12, sancionando con la misma pena al cliente que yazca con personas vulnerables, entendiendo la vulnerabilidad en un sentido amplio (personas incapaces, enfermas, mujeres embarazadas).

Por su parte, el art. 51 de la Ley añade un nuevo apartado al art. 225.10 CP sancionando, por primera vez en la legislación francesa, a toda persona que arriende o ponga a disposición cualquier clase de vehículo cuando el arrendatario o disponente vaya a destinarlo a fines de prostitución. Se mantiene intacto el art. 225-6 CP que tipifica una figura delictiva asimilada al proxenetismo, referida a aquella persona que, sin poder justificar sus ingresos, conviva o se relacione con otra persona que ejerza habitualmente la prostitución. Finalmente, la Ley prevé la posibilidad, en base al CP, de que a las prostitutas extranjeras, necesitadas de permiso de residencia y/o visado según los casos, se les retire el permiso de residencia, o se les ponga en la frontera o se les expulse directamente a sus países de origen, por delito de “*racolage*”.

Choca y decepciona que un país que se proclama abolicionista y por tanto acorde

con la legislación internacional y sobre todo defensor histórico de la igualdad y la libertad, penalice a aquellas que considera víctimas y que quiera volver a controlarlas (aunque esto esté internacionalmente prohibido), devolviéndoles al estatus de delincuentes que tenían con la regulación prohibicionista.

Esta valoración que hacemos de la regulación francesa sobre la arquitectura institucional de la seguridad interior, se ve corroborada por las primerizas decisiones judiciales que, en menos de dos meses de vigencia de la ley, se están produciendo. A título meramente ejemplificativo y, por el momento, en base a noticias de prensa, han sido detenidas sólo en París 103 prostitutas por el delito de “*racolage passif*”. De las cuales, 19 han sido conducidas ante los tribunales penales, los cuales se han pronunciado de la siguiente manera: se han dictado 10 resoluciones, se ha retirado el permiso de residencia a 4 de entre ellas, dos han sido multadas y se han desestimado los otros cuatro casos por falta de elementos probatorios suficientes. Las otras 84 prostitutas se han beneficiado de lo que el Prefecto de París llama “un trato administrativo y social”. Es decir que: 15 han sido expulsadas a su país de origen, 26 serán reconducidas a la frontera, 31 quedan autorizadas a permanecer temporalmente en el territorio, gracias a la colaboración de las asociaciones especializadas en la materia. Las 12 restantes han solicitado asilo y están a la espera de la decisión administrativa del Organismo de protección de refugiados y apátridas¹⁷, siendo, en nuestra opinión, casi el 100% extranjeras. La primera prostituta, kosovar y en situación irregular, condenada a dos meses de prisión ha ingresado en el penal de Gradignan (Burdeos) el pasado 9 de mayo por sospecha de prostitución puesto que su apariencia no denotaba su ejercicio¹⁸. Ya se alzan voces, insistimos a sólo dos meses de vigencia de la ley, que denuncian los procedimientos sintomáticos de la “política higienista de Sarkozy” (Ministro de Interior, de Seguridad interior y de Libertades locales).

En Italia la prostitución es tratada por leyes de carácter sancionador¹⁹, pe-

nando el *adescamento* o actitud de captación de clientes, análogo del *racolage francés*, y, a pesar de estar despenalizada totalmente a estos efectos se halla todavía hoy sumida en una total desregulación, viéndose ésta siempre como un fenómeno corrosivo, asocial, irregular.

Los elementos que han hecho replantearse la validez de este estado de la cuestión son muy similares a lo ocurrido en el resto de Europa y, muy especialmente, en Francia. La progresiva superación de tabúes sexuales según se desarrollaba el concepto de libertad sexual, la estratificación de quienes desempeñan esta actividad, mereciendo, en cada caso, consideraciones sociales divergentes, y sobre todo, las nuevas formas organizadas de tráfico de personas para su explotación sexual, cuya llegada a la península italiana es punto menos que masiva, muestran la insuficiencia de su legislación interna (Ley Merlin y sus sucesivas modificaciones) para dar una respuesta jurídica satisfactoria ante estas nuevas formas de prostitución. Lo que ocurre es que es muy diferente lo que se entiende por satisfactorio a lo largo del arco político italiano. Y así, la izquierda italiana reproduce el debate progresista europeo de abolicionismo *versus* regulacionismo, no faltando modelos eclécticos y rodeando siempre la problemática con medidas de integración social de quienes se dedican a la prostitución. Por su parte, la derecha (que tampoco es unitaria) oscila en parámetros diferentes a los anteriores, proporcionando tan sólo discursos prohibicionistas o basados en un reglamentismo feroz. En todo caso y al amparo de la seguridad ciudadana, la derecha italiana se preocupa tan solo por la prostitución ejercida en la vía pública.

En España, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, Violencia doméstica e Integración social de los extranjeros respondía al Plan de Lucha contra la Delincuencia (septiembre 2002) encaminado hacia el mismo tipo de medidas de Francia e Italia. Se modifica el artículo 318 bis CP “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extran-



jeros” (adaptándose técnicamente el artículo 188 “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”), cuya finalidad, en palabras de la Exposición de Motivos, es la de “combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino, al obligarles a soportar condiciones de auténtica esclavitud... el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años... En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan notablemente las penas cuando el tráfico ilegal ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz, pudiendo llegar en estos casos la pena de prisión hasta los doce años en el tipo básico, o quince años si el propósito del tráfico es la explotación sexual de los inmigrantes”. En suma, se reforma el Código Penal “para luchar con más eficacia como lo hace el conjunto de los países de la Unión Europea contra quienes trafican con seres humanos, destinados muchas veces a la explotación sexual” (Ministro de Justicia, Debate parlamentario del 10 de abril 2003). La redacción final apenas ha cambiado esta dicción, pero ni ésta ni su Proyecto explicaban las reformas que se han operado en los tipos de los delitos relativos a la prostitución que hemos visto anteriormente.

Sin embargo, con anterioridad a marzo de 2003 se produjeron dos intervenciones sobre la prostitución de inspiración puramente reglamentista. Una primera relativa a las Ordenanzas Municipales promulgadas en junio de 1999 por el **Ayuntamiento de Bilbao** que fueron, en su día, objeto de airadas reacciones por parte de quienes se rasgaban las vestiduras ante el hecho de que el Ayuntamiento bilbaíno había “legalizado” la prostitución. Semejante disparate sólo puede concluirse por la incompreensión del rango de la norma aludida y de su contenido material ya que es impensable que un mero ayun-

tamiento modifique, unilateralmente, las normas laborales y de seguridad social que son de competencia estatal²⁰. Lejos de aquellas afirmaciones excedidas, conviene explicar que lo que realizó el Ayuntamiento de Bilbao fue una reglamentación administrativa de los locales (no pisos ni prostitución de calle) en que se ejerce la prostitución, imponiendo, en especial, requisitos de higiene y distancia entre sí cuya no observancia puede conllevar el cierre del local. Sin perjuicio del debate sobre su idoneidad política para abordar la materia, esta tímida intromisión administrativa que, como categoría genérica, miramos con desconfianza por su poco respeto con los derechos fundamentales de quienes se prostituyen, no ha incidido en ellos esta vez de manera significativa de tal modo que solo podemos, sistemáticamente, respetar la autonomía del Ayuntamiento de Bilbao para dictarlas.

La segunda intervención reglamentista se refiere a **Cataluña** cuando en el verano del 2002 la Generalitat promulgó, en desarrollo de una ley de 1990²¹ sobre establecimientos de pública concurrencia, un decreto²² que regulaba análogas materias desde una perspectiva más amplia y ambiciosa que la anterior. El decreto se centró en los locales donde se ejerce la prostitución, reglamentando las condiciones que éstos debían reunir: horarios, instalaciones, ubicación, condiciones higiénicas, etc. y ofrece aspectos técnicamente interesantes como la definición de prestación de servicios de naturaleza sexual (art. 2), pero una valoración más cautelosa es de obligada referencia. Por un lado, artículos como el 12.1 que establece la obligatoriedad de los dueños de garantizar que las personas que ejercen la prostitución en sus locales estén sujetas a control sanitario de tipo preventivo o asistencial, siembran serias dudas sobre la intensidad de la protección de los derechos humanos (entre ellos, y sobre todo, el derecho a la intimidad) que ofrece el decreto. Por otro lado, la apuesta por el enfoque jurídico por el que opta el decreto merece cierta desconfianza. La normativa no pretende regular las condi-

ciones de trabajo de las prostitutas y, en tanto en cuanto supone un duro golpe a la prostitución callejera, viene a reforzar la posición en esta particular competencia de la parte más fuerte de la relación, el dueño del local de alterne, en detrimento de la más frágil, para cuya adquisición y ejercicio real de propia autonomía ninguna medida se adopta.

La inercia de delegar en normas administrativo-policiales para la lidia con este sector de la sociedad está teniendo un gran éxito en otras Comunidades Autónomas²³. Pero, desde una óptica de justicia material y de derechos humanos, no podemos aplaudirla incondicionalmente. Por otro lado, la reforma operada por la Ley 11/2003 nos sumerge de lleno en la duda del encaje sistemático de todas estas iniciativas autonómicas ¿cómo pueden las CC.AA. reglamentar los prostibulos al tiempo que el Estado criminaliza el lucrarse con la prostitución ajena?

2.4

Regulacionismo.

La segunda forma de dotar a la prostitución de un régimen jurídico es el regulacionismo como vía para garantizar la protección de las mujeres, regulándola como una actividad laboral más y reconociendo a las prostitutas los mismos derechos y la misma protección social y jurídica que al resto de los trabajadores. La prostituta no es ni una delincuente, ni una víctima, ni una persona conflictiva, sino que es una trabajadora.

El bien jurídico protegido son los derechos de las prostitutas no como en el reglamentismo donde impera más la protección de la salud pública y del orden público o incluso el acceso de otros ingresos para el Estado a través de impuestos que graven el ejercicio de la prostitución. Para el regulacionismo la prostitución es un trabajo libre y voluntariamente prestado en el que se reivindica el estatus de sujeto jurídico de las prostitutas como personas capaces de asumir su autonomía y su responsabilidad en su ejercicio. Como tal trabajo, no puede ser analizado como un fenómeno



20

El art. 149. 1. CE establece que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre... ap. 7º. La Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas y ap. 17º. La Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus Servicios por las Comunidades Autónomas”.

21

Ley del Parlamento de Cataluña, 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, actividades recreativas y establecimientos públicos.

22

Decreto 217/2002, de 1 de agosto del Departamento de Interior por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.

23

Andalucía, Baleares, Canarias, Galicia, Valencia, a instancia de los Defensores del Pueblo o a iniciativa de Gobiernos y Ayuntamientos, se están estudiando políticas de intervención pública en la prostitución.

24

Proyecto CLES, op. cit. p. 48.

25

“El oficio de la prostitución en Navarra: estigmas y modos de vida”, estudio realizado por un grupo de profesionales que trabajan el fenómeno de la prostitución, presentado en Abril de 2003 y cuya referencia la hemos entresacado en *ANDRA, Emakumeon abotsa*, nº 27 de mayo 2003, pp. 8 y 9.

26

Gráficas palabras de Maite Huarte (SOS Racismo de Navarra), coautora del estudio citado, *ANDRA*, nº 27 de mayo 2003, p.8.

27

LÓPEZ MÉNDEZ, IRENE, cit. p. 44.

28

Lucha contra la trata de mujeres, Informe de Patsy Sörensen, aprobado por el pleno del Parlamento Europeo el 19 de Mayo de 2000.

29

Situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001), Informe de Joke Swibel, aprobado por el Parlamento Europeo el 12 de diciembre de 2002.

30

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada en la Asamblea General de 15 noviembre 2000), completada por dos Protocolos (Palermo 2000), uno para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el otro, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

31

LIM, LIN LEAN (OIT), “*The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*”, 1998.

aislado del resto de la sociedad sino “directamente relacionado con las estructuras económicas y sociales y con los sistemas de género. El reparto de los recursos económicos está directamente relacionado con la prostitución, consecuentemente también [con] los procesos migratorios”²⁴.

El reconocimiento de la prostitución como un trabajo permite a las prostitutas tener el derecho a trabajar, a sindicarse, a la acción protectora de la Seguridad Social, mejorando las condiciones en las que trabajan las prostitutas reduciéndose, en consecuencia, los riesgos y la violencia a la que pueden estar expuestas. En un recentísimo estudio²⁵ se aboga por la regulación de la actividad, insistiendo en que sean las mujeres prostitutas las que hablen y digan cómo quieren esa regulación y qué tipo de obligaciones deberían incluirse. En todo caso, en este informe se considera que “hoy en día y tal como están las cosas, las mujeres que se prostituyen están dando un servicio a cambio de dinero, y creemos que eso debería considerarse como un trabajo. Sobre todo porque afirmamos que, en esta sociedad, muchos de los derechos vienen ligados al trabajo y estar fuera de ese círculo empeora la situación en la que estas mujeres están viviendo y hacen que no sean sujetas de derecho”²⁶.

Este enfoque regulacionista obliga a diferenciar la prostitución de la trata de personas puesto que aquellas normas que ligan ambas categorías acaban criminalizando la prostitución y, en vez de proteger los derechos de las prostitutas y reducir la violencia que pueden sufrir, hacen que las mujeres cada vez dependan más de terceras personas, al igual que sucede con las leyes de extranjería que dificultan la entrada y el acceso a los permisos de trabajo y de residencia.

Consideramos que aquellos ordenamientos que “penalizan convirtiendo en ilegal el ejercicio de la prostitución, o los que sin penalizar no regulan tal actividad, dejándola en la alegalidad, contribuyen, precisamente, a incrementar la vulnerabilidad de las prostitutas a abusos de todo tipo, incluido el desarrollo de mafias y redes de tráfico internacional ilegales”²⁷.

En este sentido, diversas instancias internacionales vienen tratando la prostitución desde esta perspectiva. Así, el Parlamento Europeo reconociendo que, en la mayoría de los Estados miembros, está vigente un régimen de prohibición directa o indirecta de la prostitución que crea un mercado clandestino monopolizado por la delincuencia organizada que expone a las mujeres implicadas, sobre todo a las inmigrantes, a la violencia y a la marginación²⁸, y constatando que, cada año, alrededor de medio millón de mujeres procedentes de Europa Central y Oriental son trasladadas a la Unión Europea para su venta en el mercado de la prostitución, considera esencial intensificar los esfuerzos por combatir la inmigración ilegal ya que, con gran frecuencia, constituye un suministro de mano de obra privada de derechos que se ve sometida a condiciones inaceptables de contratación y explotación²⁹.

Asimismo, las Naciones Unidas en su lucha contra la delincuencia organizada internacional ha establecido últimamente³⁰ varios instrumentos que pretenden abordar con carácter universal todos los aspectos de la trata de personas, promoviendo la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino para combatir eficazmente la trata de personas y el tráfico ilícito, previendo medidas encaminadas a sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de ese tráfico amparando especialmente sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró en 1998 un Informe³¹ que pasa revista a las fuerzas sociales y económicas que impulsan el desarrollo de la industria del sexo en el Sudeste Asiático, afirmando que la prestación de servicios sexuales ha alcanzado las dimensiones de un pujante sector comercial, que emplea directa e indirectamente a millones de trabajadores y que aporta una contribución significativa a los ingresos nacionales de los países de la zona. Considera que el creciente auge de la prostitución plantea alarmantes cuestiones, no sólo de sanidad pública, de moralidad y de discriminación de las personas en función de su sexo, sino también en relación con los derechos humanos fundamenta-



les de las personas con ocupación en el sector del sexo, afirmando que algunas personas entran al mercado de la prostitución por decisión propia o por reafirmar su libertad sexual, otras lo hacen como consecuencia de presiones económicas o por falta de alternativas y otras son obligadas a hacerlo mediante engaño, violencia o el chantaje de una deuda. El Informe concluye de forma categórica que corresponde a los gobiernos y no a la OIT, decidir su política legislativa de prohibir, criminalizar, despenalizar, reglamentar o regular la prostitución.

El modelo regulacionista ha tenido, por el momento, su expresión en los ordenamientos jurídicos holandeses y alemanes que han regulado laboralmente el ejercicio de la prostitución, coincidiendo ambos en reconocerlo bien como trabajo asalariado bien como trabajo autónomo y en establecer requisitos de nacionalidad.

Holanda es el primer país que regula la prostitución como una actividad laboral más, optando la Ley de octubre de 2000 por adaptar su contenido a la realidad y con el objetivo de poner fin a las situaciones injustas e inadmisibles que se dan en el sector de la prostitución³². Se han regulado los derechos y obligaciones de la prostitución ejercida voluntariamente por personas mayores de edad, se ha endurecido considerablemente el tratamiento penal de la explotación de las personas que se prostituyen y ha eliminado la prohibición que pesaba sobre los burdeles³³ por lo que el regentar un burdel deja de ser punible.

La esencia de la ley radica en sacar de la esfera criminal la prostitución como actividad económica y en reconocer la legalidad de su ejercicio como trabajo asalariado o trabajo autónomo. Para ello, el nuevo art. 250 del Código Penal holandés define la prostitución como “ofrecerse para la práctica de actos sexuales con un tercero a cambio de pago” y, al mismo tiempo, penaliza la trata de personas, la explotación de la prostitución forzosa y la prostitución de menores con una pena máxima de ocho años de privación de libertad.

La política holandesa sobre la prostitución contiene numerosas improntas reglamentistas en el sentido de que las empresas dedicadas a la prostitución (burdeles

y otras formas de organización empresarial) requieren de licencias municipales para su establecimiento³⁴, instalación³⁵ y gestión empresarial³⁶. En virtud de esta nueva Ley, los Ayuntamientos no pueden establecer una prohibición municipal general de los burdeles, pues sería contraria a la Constitución holandesa que reconoce el derecho a la libre elección de trabajo y a la libertad de empresa. Lo que sí puede hacer un Ayuntamiento es impedir determinadas formas de prostitución, como la prostitución de escapatrate. El emplear personas extranjeras “ilegales” lleva aparejado el cierre del negocio y la retirada de la licencia municipal.

¿Qué personas pueden ejercer la actividad laboral de prostitutas? Como trabajadoras asalariadas o trabajadoras autónomas las prostitutas holandesas, las comunitarias –siempre que los ingresos no sean marginales y secundarios– y las extranjeras con permiso de residencia vigente que les permita trabajar en Holanda. Las prostitutas originarias de los países candidatos a la UE podrán establecerse solamente como trabajadoras autónomas siempre que cumplan las condiciones aplicables al empresariado autónomo –poseer un capital propio, un plan empresarial y hacer una aportación propia de conocimientos y experiencia profesional–. En este caso nunca podrá tratarse de un trabajo por cuenta ajena, aunque sea a tiempo parcial.

Las prostitutas extranjeras que residen ilegalmente en Holanda, trabajen o no, pueden ser expulsadas conforme a la Ley de Extranjería pero tienen derecho a recibir ayuda de la Administración: si denuncian la trata de personas, obtienen un permiso de residencia por el periodo de duración del procedimiento judicial y, si las circunstancias personales dan lugar a ello, tienen posibilidad también de conseguir un permiso de residencia por razones humanitarias –argumento alegado en el caso Malgorzata Jany, como veremos más adelante–.

Las prostitutas van a ver mejorada su posición en el desempeño de su prestación de servicios, pudiendo imponer condiciones laborales y exigir a su empresario que cumpla los requisitos exigidos a los locales –a su centro de trabajo–. La rela-

32

Vid. Documento elaborado por los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia de los Países Bajos, 2000.

33

La prohibición general sobre los burdeles se introdujo en Holanda en 1912, aunque desde hace bastante tiempo esta prohibición no era efectiva y sólo se procedía penalmente contra los burdeles que perturbaban el orden público o en los que las prostitutas hacían trabajo forzoso o eran menores de edad.

34

No debe perturbar el ambiente y el entorno vital del vecindario y debe ser conforme a las normas urbanísticas.

35

Los burdeles deben cumplir normas de higiene –disponibilidad de preservativos, agua caliente y fría–, de seguridad –medidas contra incendios– y de tamaño –medidas mínimas que debe tener el local–.

36

Los Ayuntamientos contarán con una persona de contacto a la que puedan acudir las prostitutas para pedir asesoramiento y presentar quejas sobre la gestión del negocio.

37

Informe elaborado por el Centro de Investigación y Documentación, octubre 2002, ACE-PRENSA Servicio 142/02 de 30 de octubre 2002.

38

“Derechos para las trabajadoras sexuales”, entrevista a Cristina Garaizabal realizada por Manuel Lluvia, *Página Abierta*, n° 132-133, diciembre de 2002/enero de 2003.

39

A iniciativa de la ministra socialdemócrata de Familia y Mujer, Sra. Christine Bergman. Su colega, la ministra de Justicia, Sra. Herta Dacubler-Gmlim, subrayó la necesidad de acabar con la miserable hipocresía que acepta la prostitución y exige el pago de impuestos, pero condena a las mujeres y favorece a los clientes.

40

Diversas asociaciones de mujeres mostraron su disconformidad ya que consideraban que, antes de legislar, es necesario garantizar que las prostitutas lo son por voluntad propia y que pueden abandonar la prostitución si así lo desean. Las organizaciones de ayuda y asesoramiento a las prostitutas manifestaron su satisfacción por la iniciativa y recalcaron que una nueva legislación facilitaría a muchas a abandonar el oficio. Las organizaciones de prostitutas saludaron, en general, favorablemente la ley, otras esperaban que se incluyeran medidas más radicales como la supresión de las zonas prohibidas y que se permitiera la publicidad y todas consideraron imprescindible legalizar también la situación de las más de 200.000 extranjeras que ejercen la prostitución.

41

Políticos de la oposición demócrata y socialcristiana se apresuraron a advertir que el comercio con el sexo no puede ser visto como un servicio similar al “del mostrador de correos”. Los Verdes pedían que la doble moral cesara y los Conservadores (CDU) estimaban que convertir la prostitución en una profesión atentaría contra la dignidad humana y contribuiría a reforzar los ataques contra los derechos de la mujer.

42

La Ley había sido aprobada en la Cámara Baja (Bundestag) el 19 de octubre de 2001.



ción jurídica entre la prostituta y el titular de la empresa de prostitución se rige por las reglas del derecho laboral, siendo decisivo el consentimiento libre en su prestación de servicios, en el modo de prestar su trabajo y en la decisión extintiva de su relación laboral.

A efectos de la Seguridad Social, las empresas de prostitución deberán afiliarse y respetar las normas sanitarias y de salud laboral. Las prostitutas reciben la acción protectora de la Seguridad Social al estar dadas de alta en su sistema sanitario. Sin embargo, las prostitutas no tendrán derecho a subsidio de desempleo cuando decidan dejar de ejercer la prostitución, tanto como autónoma o como asalariada, ya que se considera que pasan a estar desempleadas de forma voluntaria (no con ocasión de despido), pero sí podrán inscribirse en la oficina de empleo como demandantes de trabajo, teniendo la obligación, como cualquier desempleado más, de buscar trabajo.

Tanto las prostitutas como los empresarios de prostitución estaban y están obligados a pagar impuestos. Ellas, como cualquier trabajador, tienen que realizar su declaración de renta y si son autónomas pagarán el IVA correspondiente. Los burdeles, como cualquier otra empresa, están obligados al pago del IVA si su titular es persona física o el Impuesto de Sociedades si es persona jurídica, además de todos los demás impuestos que rijan en su sistema tributario.

El balance de estos dos años de vigencia de la ley no es lo positivo³⁷ que se esperaba, lamentablemente no se han alcanzado sus objetivos de erradicar la clandestinidad que lleva al proxenetismo, a la explotación de menores y al tráfico de inmigrantes ilegales. No sólo no ha disminuido el número de prostitutas ilegales de los países del Este sino que las que tenían permiso de estancia o eran nacionales han pasado, en gran mayoría a la clandestinidad, especialmente por el aspecto salarial ya que sus ingresos disminuyeron enormemente al pasar a ser equiparadas a empleadas de servicios o a empleadas de compañía.

Siendo la ley holandesa la más progresista, su regulación y puesta en práctica no ha

dado la respuesta adecuada a las necesidades y derechos de las prostitutas. Cristina Garaizabal³⁸ destaca, en este sentido, tres problemas: “Uno, que no es suficiente que se den de alta como trabajadoras y paguen impuestos: esto es necesario, pero se deben contemplar una serie de derechos paralelos, si no las trabajadoras no se dan de alta porque no ven las ventajas que se puedan derivar de ello. Dos, el problema específico que viven las inmigrantes: la necesidad de que se contemple la concesión de permisos de residencia para poder seguir ejerciendo este trabajo, incluyendo a las víctimas del tráfico, pues para muchas es la opción más realista que tienen. Tres, los problemas en la concesión de licencias: lentitud, boicot de algunos ayuntamientos, etc.”.

Bajo la influencia holandesa, **Alemania** es el segundo ejemplo de ordenamiento regulacionista de la prostitución. En efecto, a partir del 1 de enero de 2002 la prostitución deja de ser considerada como atentatoria contra las buenas costumbres y entra de lleno en el mundo jurídico como una relación social a regular. Deja de ser un negocio jurídico nulo en el ámbito privado (se modifica el Código Civil), se despenaliza la práctica de la prostitución y deja, por tanto, de ser punible (se modifica el Código Penal) siempre que su ejercicio no se realice por coacción o enmarcada en acciones delictivas. Al mismo tiempo, la prostitución ya no es una actividad inmoral e indigna, por lo que su ejercicio da lugar a la relación jurídica laboral que otorga a las prostitutas los mismos derechos que a los demás trabajadores.

La apuesta alemana por normalizar el sector del sexo y reconocer la prostitución como una actividad profesional, con todos los derechos laborales y sociales, se inicia cuando el Gobierno federal³⁹ presenta su proyecto de ley, regulador de la actividad de las prostitutas, en el que se equipara su trabajo a cualquier otra actividad y con las mismas prestaciones que el resto de asalariadas. Su tramitación no estuvo ausente de polémica tanto en el ámbito social⁴⁰ como en los debates parlamentarios⁴¹ hasta la aprobación definitiva de la ley por la Cámara Alta del Parlamento alemán

(Bundesrat)⁴² el 20 de diciembre de 2001. La Ley pretende conciliar el marco jurídico y la realidad social, aportando transparencia al sector y reduciendo la dependencia de las prostitutas de los proxenetes. En Alemania, no pesa una prohibición legal sobre la prostitución pero se persigue y sigue siendo tipificado como delito el proxenetismo y la incitación a la prostitución. Este matiz impide que las mujeres que trabajan en burdeles puedan legalizar su situación, ya que sus lugares de trabajo se consideran pensiones y no prostíbulos. De ahí, que la Ley modifica el CP haciendo desaparecer, parcialmente, el delito de apoyo o fomento de la prostitución: los dueños de los prostíbulos no serán procesados pero sí aquellas personas que inciten a la prostitución, sancionados con tres años de prisión. Podemos decir que la postura alemana, en este aspecto, representa un punto intermedio entre la ley holandesa que legaliza los burdeles y la ley sueca que penaliza a la clientela.

Se calcula que en Alemania ejercen la prostitución unas 400.000 mujeres, algunas de manera ocasional en un intento de completar los ingresos del hogar y otras como única profesión a tiempo completo, unas dependientes y otras autónomas. Con esta Ley las prostitutas asalariadas tendrán un contrato de trabajo, unas condiciones laborales mínimas (horario reglamentado, sueldo básico, vacaciones, etc.) y una cobertura social que mejore su situación respecto a los abusos de que son víctimas en manos de los proxenetes.

Las prostitutas que trabajan autónomamente o como empleadas en un burdel tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social (previa cotización correspondiente), recibir atención médica de la sanidad pública, cobrar el subsidio de paro y la pensión de jubilación y la posibilidad de buscar una readaptación profesional. Están obligadas al pago de impuestos aunque resulte difícil que este deber se cumpla.

La ley contempla la relación prostituta-cliente como un contrato unilateral de obligatorio cumplimiento para las partes por lo que las prostitutas podrán



elegir libremente a sus clientes y decidir los servicios que deseen proporcionar sin que ni éstos últimos ni los dueños de los prostíbulos –su empresario– puedan exigir más de lo acordado. Asimismo, pueden reclamar ante el juez sus honorarios en caso de impago.

Al igual que en Holanda, la ley alemana no da acceso a las prostitutas extranjeras pues rige el binomio “sin trabajo no hay permiso de residencia - sin permiso de residencia no hay trabajo”, por lo que, desde un aspecto crítico, este es uno de los puntos en que aflora el déficit de la ley alemana. Se dice “redadas contra las prostitutas extranjeras en vez de derechos”⁴³. Aparentemente fueron excluidas de la ley para que su regulación se hiciera de manera internacional. Pero bien sabemos que si Europa regulase aspectos de la migración para la prostitución, la hará para dotar de mayor efectividad a las acciones policiales, o en una dirección de colaboración policial, o en un sentido de “repatriación humanitaria” para deportar a las prostitutas a su país de origen. Mientras tanto, en Alemania continúa la discriminación legal y social de las prostitutas extranjeras.

3. LEGALIZACIÓN LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN

Habiendo reconocido que el ejercicio de la prostitución pertenece al ámbito de la libertad individual de la persona dentro de las coordenadas de nuestro Estado social y democrático de Derecho y habiendo recorrido, asimismo, los modelos de intervención sobre el fenómeno de la prostitución, llegado es el momento de enfatizar sobre las vías que ofrece el ordenamiento jurídico para dotar a la prostitución de una regulación laboral en la que las prostitutas tengan el pleno reconocimiento de los derechos que comporta su prestación de servicios.

En este sentido, el modelo democrático de relaciones laborales se encuadra en el marco general de derechos, tanto individuales como colectivos, caracterizando al trabajo como un derecho y un deber y reconociendo, expresamente, los derechos a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una

remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de los/las trabajadores/as y las de su familia (art. 35 CE)⁴⁴. Será la legislación el que ha ido conformando, en cualquier época y en cualquier sistema de producción, los instrumentos jurídicos necesarios para que la actividad humana, libremente consentida y productivamente realizada, se exteriorice y entre en el mundo de las relaciones jurídicas como trabajo asalariado, como trabajo autónomo o como trabajo asociado. No cabe duda que las prostitutas, en su trabajo, están llevando a cabo esta actividad así caracterizada. Sin embargo, jurídicamente sigue sin exteriorizarse, lo que obliga a ir abriendo los cauces para que esta actividad pueda encuadrarse en alguna de las fórmulas de trabajo indicadas y, por ende, reconocer técnicamente a las prostitutas su condición de trabajadoras.

Sin embargo, la reforma del CP obliga a una reflexión sobre la utilización de la vía del trabajo asalariado dado que *prima facie* la figura del eventual empresario quedaría criminalizada.

3.1

Trabajo asalariado.

Se configura el trabajo asalariado como un trabajo libre y voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y remunerado. Es también productivo puesto que despliega una actividad dirigida a la producción de bienes y servicios no solo para la subsistencia y adquisición de medios de vida de quien trabaja sino también para la sociedad en cuyos mercados se intercambian esos bienes y servicios. El trabajo asalariado conforma una relación jurídica –la relación laboral– que nace por y en función de la prestación de un trabajo, consentida libremente y que tiene que hacerse por cuenta ajena, para un tercero –la empresa–, dependientemente –bajo su dirección– y remunerado –salario–.

La regulación del trabajo libre y por cuenta ajena ha sido una constante en la evolución de los modos de producción y actualmente el trabajo asalariado viene regulado por la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás reglamentación laboral, que sitúa el núcleo de la relación laboral en el contrato de

trabajo, delimitando claramente las dos partes del contrato –trabajador/a y empresa–, con una finalidad concreta: equilibrar y compensar a la parte más débil de la relación por las diferentes posiciones jurídicas, económicas y sociales en que se encuentran las partes en su relación. Sin embargo, no hay que olvidar que esta misma regulación tuitiva también “legaliza” en el ámbito laboral los poderes empresariales de organización, dirección y de sanción.

Veamos cómo puede responder la regulación del trabajo asalariado a la “alegalidad laboral” en que se encuentra la prostitución. Dado que el derecho a prostituirse pertenece a la esfera de la autonomía de la persona y por ello tiene la libertad para elegir la profesión que quiera, la regulación que ofrece el trabajo asalariado a las prostitutas, en nuestra opinión, no responde, hoy en día, al desarrollo de su dignidad como trabajadora ni a la eficaz protección jurídica en la prestación de sus servicios.

Así, la mayoría de las prostitutas, sobre todo las inmigrantes, son conducidas al mercado del sexo por organizaciones que, en el mejor de los casos, las transforman en “trabajadoras asalariadas”, dándoles de alta en actividades como hostelería o clubes de alterne o, incluso, como empleadas al servicio del hogar familiar, con escasísimos márgenes de decisión individual en el modo, forma y tiempo de cómo cumplir su obligación de trabajar, quedando, por tanto, reducidas a una condición de total subordinación. Estamos, pues, en presencia de unos intermediarios en el mercado de trabajo que no son aquellos previstos legalmente (Empresas de Trabajo Temporal y Servicios Públicos de empleo) y en presencia de unos empresarios socialmente “atípicos” y penalmente “típicos”. Quiere decirse, que independientemente de la penalidad sobrevenida del lucro inherente a esta actividad “empresarial”, la misma tampoco se revelaba incluso sin la sanción penal, la mejor y más efectiva para proteger los derechos sociales y laborales de las personas que se prostituyen.

En el sector del “alterne” también las relaciones laborales están cambiando rápidamente. Tan es así, que, desde



43

“La Muchacha”, Zeitung von Doña Carmen e.V, n° 4/2003. En Berlín, anualmente se realizan más de 500 redadas y en el 95% de los casos se trata de prostitución ilegal. Por el contrario, en Frankfurt en los años 2000 y 2001 en unas 90 acciones policiales, entre ellas 20 grandes redadas, fueron detenidas casi 800 mujeres extranjeras y más de 300 de ellas fueron deportadas.

44

“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

45

Al no disponer del texto original de la sentencia hemos utilizado las noticias de prensa.

46

Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4-2-1988, 14-5-1985, 25-2-1984 y 3-3-1981. En todas ellas constaba que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares del establecimiento y a cambio de retribución. Vida también sobre este particular las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de julio y 24 de noviembre de 1998 en las que se declara la inexistencia de relación laboral de las mujeres dedicadas a la actividad del alterne porque no se había demostrado que percibieran retribución alguna del titular del establecimiento. Por el contrario, esta misma Sala en sus Sentencias de 21 de abril de 1998 y 7 de septiembre de 1999 sí declara la relación laboral de alterne (de 7 y de 4 mujeres, respectivamente) porque los servicios los prestaban a cambio de una retribución, por cuenta de la empresa que era quien corría con el riesgo de la explotación del local en el que ellas prestaban su trabajo sin que fuesen ellas las que convenían con los clientes el importe de las copas y demás servicios que realizaban en otras dependencias del establecimiento, hay dependencia al carecer las trabajadoras de cualquier poder de disposición en el modo de realizar su trabajo (lo prestaban en las horas en que el local estaba abierto al público y se les exigía un determinado modo de vestir).

47

TS 3ª Secc. 7ª S. 7 Abril 2003, Ponente: Sr. Murillo de la Cueva.

48

“Se dedicaba al ejercicio de la prostitución después de obtener un permiso de trabajo para una actividad, el servicio doméstico, que nada tiene que ver con ella”.

49

TS 3ª Sentencias de 28-5-1996, 24-5-1997 y 20-11-2000.

50

TS 3ª Secc. 7ª S. 28 Abril 2003, Ponente: Sr. Murillo de la Cueva.

51

El presente recurso es idéntico a los resueltos por las Sentencias de esta Sala y sección de 18-10-2002, tres sentencias de 24-10-2002, 28-10-2002 y dos sentencias de 4-11-2002.

hace dos años, una de las partes de la relación laboral, los empresarios de clubs de alterne, ya han formalizado su representación (ANELA) garantizando su acción y defensa como asociación empresarial en el campo del trabajo asalariado, previendo, quizás, que éste pueda ser el camino por el que se encamine una regulación laboral de la prostitución. Sin embargo y vista la reforma “septembrina” suponemos que o bien esta Asociación se desintegrará por la ilegalidad de su objeto o bien mutará en otras formas de colaboración con el mercado de la prostitución que eviten la reproducción del esquema empresario-trabajador en el mundo de la prostitución. Claro está que estas fórmulas habrán de ser miradas con lupa por el Ministerio Fiscal para evitar el fraude de la ley penal.

Últimamente el sector del alterne está de actualidad, por tres sentencias de diferente trascendencia, coincidentes en que las demandantes en los litigios son trabajadoras asalariadas de las denominadas “chicas de alterne”.

La primera de ellas, sentencia dictada el pasado mes de abril por el Juzgado n° 1 de lo Social de Granollers⁴⁵, reconoce el alterne como una actividad laboral y por ende la relación laboral asalariada que une a la trabajadora—la chica de alterne— y el empresario—titular del club de alterne—. Se la ha calificado en medios periodísticos como la primera vez que se reconoce esa relación laboral, sin embargo y en honor a la verdad, esta sentencia sigue la tendencia ya iniciada en otras instancias⁴⁶ en las que se declara la existencia de relación laboral en quienes prestan servicios realizando la actividad de alterne de forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de dirección. El juez, como lo han hecho las sentencias mencionadas, no reconoce la relación laboral de la demandante por la actividad de prostitución sino que regulariza laboralmente la relación por la vía de la prestación de servicios de alterne, eufemismo que encubre el ejercicio de la prostitución.

Las otras dos sentencias han sido dictadas en casación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo también el pasado mes de abril, que anulan las resoluciones administrativas de

expulsión de dos ciudadanas extranjeras basándose dichas resoluciones en que ejercían la prostitución y, por ende, carecían de medios lícitos de vida por lo que se les expulsaba en virtud del artículo 26. 1 f) de la LO 7/1985 de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, aplicable a la sazón en el momento de los recursos.

La primera sentencia⁴⁷ deniega la resolución del Subdelegado del Gobierno en Lugo que decretó la expulsión de España de una ciudadana dominicana por carecer de medios lícitos de vida, ya que se le localizó en un club de alterne en ropa interior, deduciéndose, por tanto, que vivía del ejercicio de la prostitución⁴⁸. El Tribunal Supremo revoca la orden de expulsión al entender que su trabajo en un club de alterne no puede ser considerado una actividad ilegal y recuerda que, en reiterados pronunciamientos⁴⁹ ha declarado que la llamada actividad de alterne no puede ser reputada ilegal a los efectos de configurar con ella el específico supuesto de expulsión, ni en el caso en que “dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal” siempre que no se produzca bajo las circunstancias tipificadas como delitos relativos a la prostitución.

La segunda sentencia⁵⁰ anula la orden de expulsión del Gobierno de Cantabria de una ciudadana colombiana que se ganaba la vida ejerciendo la actividad de alterne en un Hostal, en el que vivía desde su llegada a España y en el que fue detenida en ropa no adecuada para transitar por la calle, sin disponer de permiso de trabajo y careciendo de medios lícitos de vida. Nuevamente el Tribunal Supremo⁵¹ aduce que el “alterne” es una actividad lícita por lo que la orden de expulsión vulneró el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la recurrente. En cuanto a la carencia de permiso de trabajo entiende la Sala que es una cuestión de mera legalidad no susceptible de ser enjuiciada en el procedimiento previsto para la tutela judicial de los derechos fundamentales. Finalmente la convicción reflejada en la resolución de expulsión



impugnada se apoyó en actuaciones policiales en las que, efectivamente, se dice que la ciudadana colombiana “se hospeda en el Hostal, donde tiene su habitación en la que guarda su documentación y su ropa de calle y que, vestida de la forma que la situación requiere, en absoluto adecuada para el tránsito urbano y mediando una contraprestación por el trabajo que realiza, se dedica a alternar con los clientes”. Sin embargo, dado que “no se precisa el período de esa regular práctica que se atribuye a la interesada, ni las fechas en que tuvo lugar, ni por qué medios se conoció la contraprestación a que se hace referencia, lo verdaderamente decisivo aquí es que tampoco se expresa si fue constatado directamente por los funcionarios que la interesada acompañaba en sus consumiciones a los clientes del establecimiento, con tal variedad de éstos, de manera tan reiterada y prolongada en el tiempo, que fuera lógico deducir que realizaba esa actividad con carácter profesional y remunerado”. En consecuencia esos únicos hechos son insuficientes para tener por válidamente demostrada su dedicación, siendo iniciales sospechas que, por sí solas, no tienen valor de prueba “si no se ven acompañadas de otro elemento de conocimiento referido directamente a la conducta básica que constituye esa actividad de alterne”.

Por su parte, la acción protectora de la Seguridad Social no podrá desplegar los efectos privativos de la trabajadora asalariada en tanto se mantenga la ilicitud “septembrina”, con lo que quedaría limitada a cuanto de universal tienen sus prestaciones, salvo que las trabajadoras opten por alguno de los otros dos modelos que seguidamente veremos.

3.2

Trabajo autónomo.

Pasando al análisis de la segunda fórmula de trabajo, nos encontramos ante el trabajo autónomo que presupone una actividad de carácter independiente, tanto en su desarrollo como en su relación con el mercado. Podemos caracterizar el trabajo autónomo como aquél en que no existe intervención ajena que determine su modo de ejecución y que carece de condicionamientos jurídicos en su realización; obviamente no está exento de los

condicionamientos económicos del mercado, de los imperativos de la racionalidad técnica y de las preferencias del público. La trabajadora o el trabajador autónomo es propietario de los bienes y servicios por él producidos, ofreciéndolos directamente al público sin intermediación de una empresa, sin la ligazón característica del contrato de trabajo ni la sujeción a las órdenes empresariales. Por ello, su relación se entabla directamente con el cliente mediante un contrato civil o mercantil.

La fórmula del trabajo autónomo es una vía jurídica a tener en cuenta por las prostitutas. Este trabajo libre y voluntario, personal, por cuenta propia, independiente y con precio, establece una relación jurídica civil mediante un contrato de arrendamiento de servicios en el que la prostituta es la arrendadora y el cliente el arrendatario (art. 1544 Código Civil).

La prostituta autónoma consiente libre y voluntariamente en dedicar su actividad a la producción de unos servicios, presta, por tanto, su trabajo sin ceder a un tercero —el empresario— sus frutos. No hay ajenidad, es la propietaria de su actividad. Es independiente en el modo de prestar su trabajo y no está subordinada a la dirección del empresario y, finalmente, el precio del servicio se fija y se acepta por ambas partes de la relación. Esta fórmula ya se utiliza aunque, desde una vertiente crítica, podemos reseñar que posiblemente queda reservada a una minoría de prostitutas.

En este punto resulta imprescindible comentar la Sentencia del 20 de Noviembre de 2001, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto C-268/99 *Malgorzata Jany y otras*. Seis ciudadanas polacas y checas establecieron su residencia en los Países Bajos entre 1993 y 1996, conforme a la ley de extranjería y trabajaban en Amsterdam como “prostitutas de escaparate”, unas pagando una renta al propietario del local en el que ejercen su actividad y otras ejerciendo su actividad tres o cuatro veces por semana en un lugar arrendado por ellas. Solicitan, en su momento, el permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia, alegando “razones imperiosas de carácter humanitario”, solicitudes que fueron denegadas por el Secretario de Estado de Justicia.



52

Acción protectora del RETA reformada ampliamente por el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. A su vez se modifican los epígrafes de cotización por contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA y entre ellos, destaca el epígrafe 93, independiente de la hostelería, que bajo la denominación común de actividades diversas de servicios personales mezcla la tintorera, las pompas fúnebres, la peluquería y otros tratamientos de belleza, las actividades de mantenimiento físico corporal y otras actividades de servicios personales que, como cláusula residual y abierta, puede amparar a la prostituta autónoma.

53

Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE 22-10-2003).



La sentencia del TJCE, analiza extensivamente el concepto de actividades no asalariadas en los Tratados de la CEE y en los Acuerdos de Asociación entre la CE y las Repúblicas Checa y Polonia, y determina en su fallo que la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente a las que se refieren dichas disposiciones, siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce:

a

sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución,

b

bajo responsabilidad propia y

c

cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente.

Correspondiendo al juez/a nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen estas condiciones.

Saludamos esta sentencia que ha permitido aplicar, por primera vez a la prostitución, las dos libertades comunitarias fundamentales consagradas para las personas trabajadoras por cuenta propia: la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico las prostitutas autónomas gozan del derecho de afiliación a un sindicato ya constituido (art. 28.1 Constitución) pero por prescripción legal se les impide el derecho de fundar un sindicato que tenga precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares (art. 3.1 Ley Orgánica de Libertad Sindical). En todo caso tienen capacidad para constituir asociaciones profesionales (art. 22 Constitución).

Al mismo tiempo, la prostituta autónoma garantiza su protección en la Seguridad Social dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)⁵², corriendo a su cargo las cotizaciones para tener derecho a las correspondientes prestaciones económicas por las contingencias que

se produzcan (incapacidades temporales o permanentes, jubilación, etc.) incorporándose, también, a la protección por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁵³, teniendo siempre derecho a la asistencia sanitaria. Por supuesto no entra en la cobertura de la asistencia social ni, tiene prestaciones económicas no contributivas.

3.3

Trabajo asociado.

El trabajo asociado aparece como un *tercius genus* en las formas jurídicas de trabajar. Desde una perspectiva histórica recordamos que ya desde finales del Siglo XIX los trabajadores/as habían recurrido al trabajo asociado, organizándose en cooperativas, para acceder a servicios económicos y sociales esenciales, mediante la autoayuda en ámbitos como el ahorro, el crédito, la vivienda y la venta de artículos de consumo. De este modo, las cooperativas ofrecen a los segmentos desfavorecidos de la población una oportunidad de hacer oír su voz, proporcionándoles los medios para poner sus recursos en común, creando oportunidades económicas, de empleo y de protección. Su acción sigue siendo muy eficaz en la mejora de la suerte de los trabajadores marginales y desprotegidos que operan en el sector informal de la economía.

Hoy en día, el trabajo asociado, elemento caracterizador de la Economía Social, viene siendo motor en la creación de empleo, en la creación de riqueza y en la cohesión social. Pues bien, el trabajo asociado es un trabajo personal, libre y voluntariamente elegido, remunerado, carente de ajenidad y con cierto grado de dependencia por mera exigencia funcional de la organización en que se realice. Tomando a las cooperativas como organizaciones características de este tipo de trabajo, sus miembros, los socios-cooperativistas, son propietarios de la cooperativa, que se vinculan con ella mediante una relación societaria y no laboral, por más que ésta nazca por y en función de la prestación de un trabajo.

La cooperativa, entresacando aspectos de la ley vasca, se presenta como una sociedad que va a desarrollar una empresa, que tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno. Además, las cooperativas pueden realizar cualquier actividad económica o social salvo expresa prohibición legal basada en la incompatibilidad con las exigencias y principios básicos del cooperativismo (Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi). De ahí que el cooperativismo permita incorporar el trabajo asociado como una vía más para alcanzar la legalización laboral de la prostitución.

En nuestra opinión, y dado que la prostitución no tiene la consideración de actividad económica ilícita, nada obsta en el plano jurídico para que ellas autogestionen su actividad, para que entre varias organicen cómo quieren realizar su trabajo, en qué condiciones, con qué horarios, con qué contraprestación económica, etc. En suma, serían ellas mismas las que se dotarían de las reglas que estimaren oportunas para prestar sus servicios de una manera independiente y sin intermediación ajena, creando su empresa bajo la forma jurídica más conveniente, sabiendo que, en cuanto a protección social, en el caso de que fuera una cooperativa las socias-trabajadoras quedan asimiladas a trabajadoras por cuenta ajena o a trabajadoras por cuenta propia correspondiendo a los estatutos de la cooperativa la opción por darles de alta en el régimen general o en el régimen especial de autónomos.

En definitiva, dado el éxito que están teniendo las políticas y medidas de fomento del autoempleo, tanto a nivel estatal como autonómico, que permiten la inserción directa y sin intermediarios de cualquier tipo de colectivos expulsados del mercado de trabajo ¿por qué no ha de pensarse estas medidas también para las prostitutas? ¿Acaso no ayudarían a que el ejercicio de la prostitución no se lleve a cabo en fraude de ley o bajo el maquillaje de cualquier otra actividad? El tiempo nos lo dirá.