



La difícil –acaso imposible– concreción del trabajo sexual excluido de la subordinación laboral

THE DIFFICULT –PERHAPS IMPOSSIBLE– DELIMITATION OF SEXUAL WORK EXCLUDED FROM LABOR SUBORDINATION

Francisco Vigo Serralvo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fvs@uma.es  0000-0003-0437-1565

Recibido: 20.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Nos proponemos advertir la dificultad que entraña la delimitación del trabajo sexual que quedaría excluido de la laboralidad según la doctrina del orden social de la Jurisdicción que inadmite el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena. Para ello, comprobaremos cómo distintos pronunciamientos judiciales han tolerado el ejercicio subordinado de otras actividades económicas con un alto contenido sexual anejas a la prostitución o bastante afines a esta. De este modo, no es el contenido sexual o erótico del servicio lo que enervaría su laboralidad. Descartada esta hipótesis, lo que nos preguntamos en este estudio es cuál sería entonces el criterio delimitador que determina la admisibilidad o no del trabajo sexual en régimen de subordinación. Intuitivamente pudiéramos pensar que es el contacto físico o la cópula, pero de ser así nos veríamos obligados a rechazar la laboralidad de algunas actividades cuyo encuadre en un contrato de trabajo ha sido admitida de forma explícita o implícita por los tribunales. Nos referimos, enunciativamente, a los servicios de masaje erótico, de creación pornográfica o a la atención sexual a las personas con discapacidad. Más allá de estos casos concretos, nuestro principal cometido es el denunciar la inseguridad jurídica que arroja la actual doctrina judicial en esta materia. Inseguridad que afecta a una cuestión nuclear de nuestra disciplina tal y como es el objeto posible del contrato de trabajo.

ABSTRACT

We propose to draw attention to the difficulty involved in delimiting sexual work that would be excluded from employment according to the doctrine of the social order of Jurisdiction that prohibits the exercise of prostitution for others. To do this, we will verify how different judicial pronouncements have tolerated the subordinate exercise of other economic activities with a high sexual content linked to prostitution or very similar to it. This way, it is

PALABRAS CLAVE

Trabajo sexual
Prostitución
Subordinación
Relación laboral
Exclusión

KEYWORDS

Sex work
Prostitution
Subordination
Employment relationship
Exclusion

not the sexual or erotic content of the service that would harm your work. Having discarded this hypothesis, what we ask ourselves in this study is what would be the delimiting criterion that determines the admissibility or not of sex work under an employment contract. Intuitively we could think that this is physical contact or copulation, but if that were the case we would be forced to reject the employment status of many activities whose scope in an employment contract has been explicitly or implicitly admitted by the courts. We refer, in particular, to erotic massage services, pornographic creation or sexual attention for people with disabilities. In addition to these specific cases, the aim is to denounce the legal uncertainty that the current judicial doctrine in this matter produces. Insecurity that affects a central issue of our discipline as the possible object of the employment contract.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SOBRE LA ALEGALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES
- III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA DOCTRINA RESTRICTIVA DE LA PROSTITUCIÓN EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD: ¿DIGNIDAD HUMANA O IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO?
- IV. SOBRE LA INCIERTA EXTRAPOLACIÓN DE ESTA DOCTRINA A OTROS TRABAJOS SEXUALES
- V. ASUNTO “OTRAS”: SOBRE LA LEGALIDAD DE UN SINDICATO DE TRABAJADORAS SEXUALES
- VI. ALGUNAS PROPUESTAS DELIMITADORAS Y SUS INSUFICIENCIAS
 - A. La penetración como posible criterio discriminador
 - B. La moral y el orden público como otro fundamento posible al distinto tratamiento jurídico-laboral de las actividades sexuales
- VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Se dice con frecuencia que la prostitución es una actividad *alegal* en la medida que no es prohibida por el ordenamiento jurídico, pero tampoco está dotada de un régimen jurídico específico. A pesar de que las singularísimas notas que caracterizan esta actividad recomiendan una ordenación específica –en materia, por ejemplo, de salud e higiene o de fiscalidad– el legislador español, con las distintas mayorías que lo han dirigido hasta hoy, ha rehusado abordar este asunto de manera frontal. De esta forma se ha delegado en la función interpretativa de los tribunales la concreción del margen de libertad que la legislación general habilita para el ejercicio de esta actividad profesional. Dentro de esa labor interpretativa, encontramos la doctrina del orden social de la Jurisdicción sobre la inadmisibilidad de la prostitución en el marco de un contrato de trabajo. Como es sabido, la doctrina ya unánime y pacífica de los tribunales laborales pasa por descartar esa posibilidad en la medida que el contenido propio de la prostitución se estima radicalmente incompatible con la nota de subordinación que caracteriza el contrato laboral. Aunque, como veremos, hay varios argumentos para

defender esta postura, el más general es el que afirma que el acto sexual pertenece a la esfera más íntima del ser humano, que contribuye singularmente a su autodeterminación personal y que, por tanto, no admite ser arrendada a través de un negocio jurídico en el que la parte prestataria del servicio no tiene poder de disposición sobre su destinatario final o sobre la forma en la que dicho servicio va a resultar exigible. En más apretada síntesis: lo que se alega es que la prostitución en régimen subordinado atenta contra la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

Mucho se ha escrito sobre este planteamiento judicial, las más de las veces de forma crítica, por lo que pensamos que poco podemos contribuir en el análisis de sus fundamentos. Mayor interés para nosotros reviste, sin embargo, concretar el ámbito objetivo al que resultaría de aplicación esta doctrina judicial *prohibicionista* –por decirlo de algún modo más sintético–. En efecto, casi todos los pronunciamientos que componen esta consolidada doctrina han abordado el caso de la prostitución, frecuentemente para confrontarla con el alterne, actividad de incitación al consumo de bebidas a través de la excitación sensual que, en tanto que no implica relaciones sexuales plenas, no queda excluida de la laboralidad. Nos encontramos sin embargo con multitud de actividades que pueden calificarse también, sin duda, como trabajos sexuales, cuya concertación a través de un contrato de trabajo no se ha discutido. El hecho de que, como acabamos de decir, se haya tolerado la prestación de servicios de alterne en régimen de ajenidad nos obliga a afirmar que no toda actividad profesional de contenido erótico o sexual quedará al margen de la Derecho del Trabajo. Al admitir tal hipótesis, sin embargo, nos encontramos ante la dificultad de establecer un criterio objetivo fiable con el que dirimir qué actividades quedarán afectas por esa exclusión. Esta cuestión adquiere interés si observamos el amplio e indeterminado haz de actividades económicas de contenido sexual, muchas de las cuales se asimilan, en términos objetivos, muy intensamente a la prostitución: pensamos ahora, verbi-gracia, en los servicios de masaje tántrico o masaje erótico o, de forma más conexas aún, en los servicios de interpretación pornográfica.

Así las cosas, las preguntas que quiere afrontar este estudio son esencialmente dos: 1) Si la inaplicación del Derecho del Trabajo sobre la prostitución debe hacerse extensiva a otras actividades económico-sexuales. 2) En caso afirmativo, cuál es el criterio delimitador para identificar sobre cuál de estas actividades resultará de aplicación o no esta tuitiva disciplina normativa. Como comprobará el lector, y esperamos no defraudarle por ello, antes que emitir una respuesta conclusiva a estos interrogantes, pretendemos exhibir la dificultad que entraña su resolución desde un punto de vista técnico-jurídico. Con el fin de demostrar esta dificultad, nos atreveremos a formular en un último apartado algunas propuestas interpretativas para, seguidamente, exhibir las disfuncionalidades que presentan cada una de ellas. No es preciso aclarar, por tanto, que con este comentario no queremos sugerir una posible regulación que solvete la situación de anomía en la que se encuentra ese asunto. Aunque creemos que este sería, sin duda, un objetivo legítimo en cualquier estudio que aborde el régimen jurídico laboral del trabajo sexual, nuestro fin es mucho más

concreto y modesto: advertir la inseguridad jurídica que se da a la hora de delimitar los contornos objetivos de la doctrina judicial imperante en la materia.

Advertimos, por lo demás, que la principal dificultad que presenta el abordaje de este asunto es, precisamente, la delimitación del ámbito sustantivo a tomar en consideración. En efecto, la orfandad regulatoria que afecta a esta materia hace que no encontremos ningún catálogo oficial de actividades económicas sexuales –tal y como pudiera ser el generado a efectos estadísticos a partir del Código Nacional de Actividades Económicas, CNAE–. Cualquier enumeración de actividades sexuales que hagamos aquí será, por tanto, siempre enunciativa, centrada quizás en aquellas que son más fácilmente constatables a partir de la observación empírica.

II. SOBRE LA ALEGALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES

Con relativa frecuencia se afirma, en foros especializados o no, que la prostitución –como trabajo sexual arquetípico– es una actividad *alegal*, que se encuentra en un *limbo jurídico*¹, normalmente para expresar que se trata de una conducta ni prohibida ni permitida por el Derecho positivo. Particularmente discrepamos de estas opiniones en la medida en que una de las premisas del Estado liberal es la licitud de todas aquellas conductas no prohibidas de forma taxativa². Ante el vastísimo haz de actividades económicas factibles para el ser humano, cuya ampliación es continua conforme avanza el progreso técnico, sería inverosímil –e indeseable, se alegará– la necesidad de una habilitación expresa para el ejercicio de cada una de ellas. El método a aplicar en este modelo de Estado es justo el contrario: la permisividad de aquellas conductas que no se hayan sancionado expresamente en la norma. De asumir este planteamiento, solo cabría calificar las distintas actividades económicas o profesionales de forma dicotómica, distinguiendo entre lo lícito o lo ilícito, sin posibilidad de una tercera opción intermedia de lo *alícito*. No habría nada que objetar, sin embargo, si cuando se alude a la *alegalidad* de la prostitución se quiere connotar que es una práctica que no cuenta con un régimen jurídico específico. Sin embargo, esta constatación es, al menos en términos formales, bastante insustancial, pues solo introduciría a la prostitución en el de por sí amplio ámbito de las profesiones no reguladas, junto con otras muchas actividades cuya corrección jurídica nadie cuestiona, a pesar de carecer de un régimen jurídico propio.

1. Por todos: Boza Moreno, E.: “La prostitución en España: el limbo de la alegalidad”, *Estudios penales y criminológicos* vol. 39, 2019, pp. 217-301. A esta alegalidad se refiere también la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015, procedimiento núm. 835/2013: “En tanto el Estado Español no asuma las recomendaciones de la indicada resolución en orden a la erradicación absoluta de todas las formas de prostitución, la actual situación de *alegalidad* y el no reconocimiento del carácter laboral de la relación no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen”.

2. Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 85 y 86.

Entonces, y en síntesis, estaríamos de acuerdo en denunciar la *alegalidad* de la prostitución sin con ella se quiere reivindicar la necesidad de un tratamiento normativo específico aplicable a esta actividad en atención a las singularísimas notas que la caracterizan. Sin embargo, no admitimos que *alegalidad* equivalga en este sentido a indeterminación sobre su licitud. La prostitución, en tanto que actividad no prohibida por ninguna norma de nuestro ordenamiento positivo, solo puede calificarse como lícita de toda licitud³, al menos por defecto, sin perjuicio de las excepciones que se derivarían de la concurrencia de ciertas notas específicas –explotación o subordinación–. Así al menos lo concluyó hace dos décadas la Audiencia Nacional cuando, en relación con la prostitución, razonaba:

Desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho es una actividad regulada en cuanto el Código Penal, como constitución negativa, tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y a contrario sensu de su texto, perfila la que ésta permite. Al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica, por razones causales (el chalaneo prestacional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitado –menores o incapaces–, sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces. La regulación es pues clara. En el Estado democrático de Derecho se rechaza, el atentado a la de libertad, pero no el ejercicio de ésta⁴.

La *alegalidad* de la prostitución, entendida entonces cómo carencia de un régimen jurídico propio, ha implicado que los órganos jurisdiccionales hayan sido los encargados de concretar los términos en los que la legislación general incide en el ejercicio de esta actividad económica. Dentro de esta función interpretativa llevada a cabo por los tribunales, encontramos una doctrina hartamente discutida: la que emana de los órganos judiciales sociales que inadmite el ejercicio de la prostitución en régimen de laboralidad. Aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de forma contundente y directa sobre la posible laboralidad de la prostitución⁵, sí lo han hecho con frecuencia los órganos judiciales de instancia y suplicación para consolidar una doctrina bastante pacífica: la que estima que la prostitución es una actividad radicalmente incompatible con las notas configuradoras del contrato de trabajo⁶. Citemos una de las

3. STJUE de 16 de noviembre de 2004, asunto Panayotova (C-327/02). Pero, con mayor claridad, la STJUE (Pleno) de 20 de noviembre de 2001, asunto Jany y otras (C-268/99).

4. SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre.

5. Hay, ciertamente, muchos pronunciamientos indirectos del Alto Tribunal resolviendo casos de alterne, y alguno algo más explícito, como el que acuerda la legalidad del sindicato OTRAS, al que después nos referiremos. Pero en ninguno de estos casos la relación litigiosa se articulaba entre un/a prostituto/a y su empleador o proxeneta.

6. Por todas, sin ninguna pretensión exhaustiva, las SSTSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 5506/2003 de 17 de septiembre, la núm. 1781/2009 de 27 de febrero; la núm. 5388/2019 de 11 de noviembre, la núm. 669/2019 de 30 de mayo o la núm. 5632/2018 de 25 de octubre. Del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 1917/2008 de 10 de junio. Del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia de 3 de julio de 2020 y la núm. 4320/2015 de 15 de julio y la núm. 5863/2014 de 25 de noviembre. Del TSJ de Murcia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 413/2015 de 18 de mayo y la núm. 1215/2007 de 29 de octubre. Del TSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 157/2004 de 28 de mayo o del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), sentencia núm. 3816/2003 de 4 de diciembre.

sentencias que integran esta línea doctrinal, acaso una de las que se expresó con más vehemencia, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 4004/2009 de 15 de mayo:

En este punto esta Sala debe confirmar la valoración que hace la magistrada de instancia, en el sentido de indicar que la explotación del negocio de prostitución ajena, en la medida en que atenta contra los derechos fundamentales de la persona, no puede ser objeto del contrato, y determina su nulidad (...). Efectivamente, excede totalmente de los límites de mínimos de la normativa laboral que la empresa pueda vender o disponer del uso del cuerpo de las trabajadoras como objeto de negocio o intercambio sexual con los clientes. Este principio laboral se deduce directamente de la Constitución Española, cuando regula el derecho fundamental a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. También del Estatuto de los Trabajadores, cuando establece el derecho a la integridad física y al respeto a su intimidad ya la consideración debida a su dignidad, artículo 4.1.d) e) comprendida la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

(...) En esta línea debe decirse que no entra, ni puede entrar, dentro de las facultades del empresario que regula el artículo 20 ET, cuando dispone la dirección y control de la actividad laboral, la de disponer del uso del cuerpo de la propia persona trabajadora, pues no es la persona humana el objeto del contrato laboral sino sus servicios prestados de forma voluntaria y retribuida, con las condiciones legalmente exigibles, tratándose de una interpretación aberrante y fraudulenta la que intenta asimilar la venta de la fuerza de trabajo con la venta del uso del cuerpo de las trabajadoras, de análoga a la relación de esclavitud prohibida en nuestro ordenamiento jurídico desde finales del siglo IX. Por otra parte, el sometimiento a una situación de acoso o abuso sexual por imposición del empresario debería considerarse como riesgo laboral e inminente, conforme a la definición del artículo 4 de la citada Ley, excluyendo totalmente a las trabajadoras afectadas del deber de obediencia.

Aunque ha habido algún tibio intento dentro de la jurisdicción española para revisar esta línea doctrinal⁷, puede decirse que esta alcanza a día de hoy bastante consenso, hasta el punto de poder calificarse como de casi unánime. Esa es acaso una de las razones por las que todavía no ha habido ningún pronunciamiento del Alto Tribunal sobre algún caso de ejercicio de la prostitución por cuenta ajena: la ausencia de contradicción entre los diferentes órganos judiciales autonómicos impide excitar su función nomofiláctica.

Comoquiera que sea, nos interesa ahora resaltar que muchas, quizás la mayoría, de las sentencias que se integran en esta línea doctrinal resuelven el caso de prestaciones de servicios que, además de la prostitución, engloban otras actividades anejas, principalmente el alterne –actividad esta que es más fácilmente fiscalizable por la Inspección de Trabajo que es la que frecuentemente, de oficio, da origen a estos procesos judiciales–⁸. En estos casos, los pronunciamientos suelen declarar la existencia

7. Solo conocemos la SJS 18 de febrero de 2015, proc. 835/2013 como pronunciamiento tolerante con el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, la cual remite a su vez a un pronunciamiento *obiter dictum* del TS, Sala de lo Penal, en el que parece admitir esa posibilidad: “la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho”. STS, Sala de lo Penal, 425/2009, de 14 de abril.

8. La reciente abolición del procedimiento de oficio previsto en el anterior 148 LRJS por la letra d), operada por la disposición final 9ª de la Ley 3/2023, de empleo de 28 de febrero, obligará a que esta actuación inspectora se fiscalice

de relación laboral, en lo concerniente a los servicios de alterne, pero excluyendo de dicha relación la prestación de servicios de prostitución: “Los tribunales laborales españoles vienen distinguiendo entre la actividad de prostitución y la de alterne, entendiendo, con carácter general, que mientras la primera no puede ser objeto de un contrato de trabajo, la segunda sí, siempre que se den las notas configuradoras de la relación laboral, voluntariedad, dependencia, ajenidad y retribución”⁹.

El razonamiento que se sigue para justificar este doble tratamiento pasa por afirmar que el alterne, entendido como actividad de captación de clientes o incitación al consumo de bebidas a través del acercamiento sensual¹⁰, no implica una relación sexual plena. Como expresaba la SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre, “nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajenidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de *alterne* que aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prescricional con ésta; un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena –relación de alterne– y el trabajador por cuenta propia –relación de prostitución–”. Subrayamos el componente fisiológico al que se apunta como límite a la laboralidad, pues al final de este estudio tendremos ocasión de volver sobre él.

Cierto es que existen posturas críticas con este planteamiento judicial, las cuales se escinden entre las que estiman que este criterio implanta una distinción artificial y que ambas actividades, alterne y prostitución, deben verse incluidas dentro del ámbito del Derecho del Trabajo; y aquellas otras que repudian esta solución para cualquiera de ellas. A pesar de estas críticas, dentro de la función jurisdiccional, como decíamos, la postura anteriormente expuesta apenas ha presentado fisuras. Comoquiera que nuestro cometido no es describir el contenido de esa doctrina ni sus fundamentos, podemos tomarla como punto de partida de nuestra exposición para afirmar que la interpretación judicial unánime concluye que la prostitución es incompatible con el contrato de trabajo mientras que otras actividades de contenido erótico, como el alterne –luego veremos que existen otras más– podrán encajarse en este régimen contractual siempre que, claro está, se den las notas de voluntariedad, subordinación y ajenidad que lo caracterizan.

De añadidura, indicamos que esta exclusión de la prostitución del régimen de subordinación laboral es la solución que se ha seguido en el Derecho positivo comparado, donde solo excepcionalmente, como en Nueva Zelanda o Alemania, se ha admitido expresamente la prostitución laboralizada, siempre que se sujete a un régimen

ahora en los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Habrá que estar a sus pronunciamientos para comprobar si eso implicará un cambio en la doctrina que analizamos.

9. Boza Moreno, E.: *La prostitución como trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 89.

10. Esta definición coincide, en esencia con la que proporciona la doctrina científica. Por todos: Fita Ortega, F., “el alterne se ha venido definiendo como una actividad feminizada y heterosexual en el que la mujer, valiéndose del atractivo sexual, incita al consumo de bebidas a los clientes varones, por lo que percibe una determinada comisión”, “El trabajo sexual en la doctrina judicial española”, en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, pp. 203-254, p. 206.

específico dirigido a garantizar la capacidad de elección de la persona trabajadora en la determinación de los usuarios de sus servicios y el contenido de los mismos¹¹.

III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA DOCTRINA RESTRICTIVA DE LA PROSTITUCIÓN EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD: ¿DIGNIDAD HUMANA O IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO?

Tradicionalmente, los planteamientos críticos con la tolerancia de la prostitución en régimen laboral han visto en esta una actitud denigrante y discriminatoria por razón de género. Se defiende, desde esta posición, que la prostitución “tiene que ser entendida desde una perspectiva de género, según la cual, este fenómeno supone una práctica llevada a cabo mayormente por mujeres, y supone una situación de explotación por parte del hombre, así como un claro ejemplo de violencia de género, ante el cual, quien ejerce esta actividad es víctima y debe ser entendida como tal, necesitando protección frente al abuso y la explotación”¹². Este ha sido un planteamiento, como decimos, acogido en la doctrina científica, pero también en la judicial¹³ e, incluso, en la normativa internacional, que ha priorizado la lucha contra la explotación sexual cuando esta es ejercida por mujeres o menores¹⁴. En este sentido, por todas, la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género:

11. La legislación más significativa relativa a este último modelo es la de Nueva Zelanda, que, tras la aprobación de la *Prostitution Reform Act* de 2003, eliminó la mayoría de las prohibiciones vinculadas a la prostitución. Por tanto, la prostitución ejercida por un adulto de forma voluntaria se ha convertido en una actividad de prestación de servicios sobre una base contractual. Las prohibiciones que siguen en vigor se refieren a la prostitución infantil, la ejercida por extranjeros con un permiso temporal, la coerción para realizar la actividad y algunas formas de publicidad y sollicitación. Por lo tanto, el trabajo sexual está plenamente reconocido, con el resultado de que incluso las relaciones laborales dentro de estructuras específicas están sujetas a las reglas y jurisdicción de la generalidad de las relaciones laborales. En Alemania la *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG, Bundesgesetzblatt, BGBl. I, 2001, p. 3983)* eliminó la prohibición general de ayudar e incitar a la prostitución y permitió a las prostitutas obtener un contrato de trabajo regular. Las prostitutas pueden trabajar como empleadas, pero muchas de ellas siguen trabajando como trabajadoras independientes. Las casas de citas son negocios registrados y, hasta una reciente reforma (ver más abajo), no requerían ninguna autorización particular (si ofrecían comida y alcohol, siempre se necesitaba una licencia).

12. Boza Moreno, E.; “La prostitución en España...”, ob. cit., p. 219.

13. Por todas, en la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. rec. 3598/04 de 10 noviembre 2004, se lee: “La prostitución es una violación continua y reiterada de la dignidad de la mujer; es un ataque frontal contra su arcano más íntimo, esto es, su capacidad de decidir en plena libertad sobre su indemnidad e intimidad sexual. Desde otra perspectiva, la prostitución igualmente es una manifestación y proyección concreta de la violencia de género, porque estrangula desde el comienzo la posibilidad de desarrollar con dignidad la personalidad de la mujer (cfr. artículo 10 de la Constitución Española)”.

14. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. (BOE de 21 de marzo de 1984), Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños aprobado por la ONU en el año 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003); Protocolo de Palermo, de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (BOE de 11 de diciembre de 2003).

Hace hincapié en que la prostitución forzada, la prostitución y la explotación en la industria del sexo tienen consecuencias físicas y psicológicas devastadoras y duraderas, incluso después de haber cesado la prostitución, para los individuos que se ven implicados en ella, especialmente niños y adolescentes, además de ser, a la vez, causa y consecuencia de la desigualdad de género y de perpetuar los estereotipos de género y el pensamiento estereotipado sobre las mujeres que venden sexo, como la idea de que el cuerpo de las mujeres y mujeres menores de edad está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo.

Otro argumento recurrente para afirmar la antijuridicidad de la prostitución subordinada es la transgresión que con esta se produce de la dignidad humana como valor superior del ordenamiento, con abstracción ahora del género de la persona que la ejerce. En este sentido, puede traerse a colación el Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 (BOE 25 septiembre 1962), cuyo preámbulo asiente “que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.

Aparecen así dos motivaciones que impiden, según se postula mayoritariamente, el ejercicio de la prostitución en un régimen contractual subordinado. Reviste cierto interés para nosotros preguntarnos si esos dos alegatos contra la prostitución, el que apela a la discriminación por razón de género y el que evoca a la dignidad humana, son entre sí complementarios o excluyentes. La significancia práctica de una u otra opción se traduce en el alcance de la antijuridicidad hipotética de dicha actividad. Por ejemplo, si se concluyese que tales alegatos son incompatibles entre sí y que, ante tal incompatibilidad, debe prevalecer la fundamentación relativa al género, no cabría predicar antijuridicidad alguna a aquellas prácticas prostitucionales ejecutadas laboralmente por un varón. En tales casos, es obvio, no concurre ninguna perpetuación subyugante de roles de género. Por otro lado, solo determinando el alcance de dicha antijuridicidad podríamos aspirar a resolver la pregunta inicial: la relativa a las actividades sexuales excluidas de la laboralidad.

A este respecto, existen pronunciamientos judiciales que, al abordar este asunto, han dictaminado que la prostitución en régimen subordinado ejercida por un varón –en este caso prestando servicios sexuales a otros varones, aunque es un dato no muy relevante desde el punto de vista técnico-jurídico– también deber ser censurada jurídicamente. En este caso, como podrá intuirse, el órgano enjuiciador, a la sazón el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, acoge la incompatibilidad de la prostitución, cualquiera que sea el género del prestador del servicio, con el ideal de la dignidad humana, al menos, de nuevo, cuando tal actividad se sujeta a un régimen contractual de subordinación, *id est*, cuando se articula materialmente como una relación laboral¹⁵.

15. Un comentario muy exhaustivo de esta sentencia se encuentra en Alemán Páez, F., “Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, pp. 1255-1287.

Según se puede leer en la sentencia que resuelve este caso, la número 5388/2019 de 11 de noviembre:

En un marco jurídico, como el que hemos examinado, donde el trabajo sexual por cuenta propia se halla amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art. 49 TFUE), por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE, *vid.* STC 109/03) y Ley 20/2007) y, en definitiva, por la libre autonomía de la persona, dicho trabajo, en sí mismo, no puede considerarse indigno. Al contrario, su prestación bajo régimen de subordinación y disciplina empresarial, sí que cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, la libertad sexual.

El objeto del contrato es ilícito (arts. 1261 y 1271-1273 CC), no porque el trabajo sexual deba considerarse “contrario a la moral” ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario [art. 5.c) y 20 ET], resulta contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE).

Son varias las ideas que nos interesa resaltar de este extenso *verbatim*. En primer lugar, la identificación de la dignidad humana como bien o valor jurídico protegido con la doctrina que prohíbe la prestación de servicios de prostitución en régimen de laboralidad. Asumida esta fundamentación, volvemos a preguntarnos si la discriminación por razón de género sirve todavía como respaldo de dicha doctrina restrictiva o prohibicionista. Obviamente, a la hora de resolver la admisibilidad de la prostitución subordinada esta pregunta es del todo irrelevante, pues si se admite como premisa que este régimen de la prestación del servicio es contrario a la dignidad humana –*dato non concesso*–, no resultará necesario invocar más principios jurídicos para justificar su censura. La dignidad personal es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, común a todos los seres humanos con independencia de su raza, género, edad o discapacidad. Cualquier situación que transgreda este valor sencillamente no tiene cabida en nuestro sistema jurídico.

Por tanto, la pregunta de si al concertar los servicios de prostitutas en régimen de subordinación se incurre también en algún tipo de discriminación adquiere solo relevancia en una eventual acción indemnizatoria, en la que se reivindique, *ex artículo 183 LRJS*, la compensación por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta discriminatoria. En este concreto ámbito, a nuestro modo de ver, habría razones que abonan, no solo la complementariedad de sendas causas de ilicitud, sino su necesaria vinculación. Si se determina que la prostitución en régimen de subordinación es contraria a la dignidad personal, quienes contratan en este régimen denigran o atentan contra la condición personal de su ejecutor. Si resulta que esta conducta antijurídica es abrumadoramente proyectada sobre las mujeres, nos encontraríamos adicionalmente ante un caso de discriminación por razón de género, cuanto menos indirecta, en la medida que esas condiciones de trabajo hipotéticamente lacerantes afectarían mayoritariamente a este colectivo. Observamos entonces que esta secuencia de antijuridicidad es silogística: solo si se resuelve que la prostitución subordinada transgrede la dignidad personal de su ejecutor podría decirse que supone, además,

una discriminación por razón de género, pues no habría ningún tipo de discriminación censurable si la conducta que es ejercida mayoritariamente por mujeres no aportase ningún tipo de desvalor. De este modo, para sintetizar ahora en clave constitucional, la prostitución en régimen de laboralidad transgrede el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 de todos quienes la ejercen y su dignidad personal reconocida en el artículo 10¹⁶. Adicionalmente, cuando esta conducta antijurídica afecte a mujeres, se verá vulnerando el artículo 14 de nuestra norma fundamental relativo a la prohibición de discriminación.

Una vez hecha esta precisión, otra cuestión que nos interesa resaltar de la precitada sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán es el concepto de dignidad sobre el que se construye su argumentación. Y es que, si se nos admite el *excursus*, nos encontramos ante un concepto, el de la dignidad humana, al que se apela frecuentemente en la argumentación jurídica para presentarlo como un valor superior, pero sin ofrecer una pista certera sobre su contenido y significancia práctica. Esta tendencia, a la postre, solo acaba por anular cualquier función hermenéutica o fundamentadora a la dignidad personal. En efecto, al referirse a esta tendencia, la doctrina más especializada ha denunciado “la evidente banalización de un concepto propiciada todos los operadores jurídicos y la doctrina científica, muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pintorescas, desembocando en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa”¹⁷. A nuestro modo de ver, la doctrina filosófico-jurídica más acertada es la que sostiene que la dignidad humana connota la singular valía intrínseca del ser humano, su superioridad jerárquica en la ordenación de las realidades terrenales¹⁸. Al menos desde Kant –filósofo al que se le atribuye

16. Es la sentencia transcrita, y otras tantas de esta línea doctrinal, la que asocia el desvalor jurídico a este precepto constitucional: “la dignidad la libertad sexual, que forma parte del derecho a la intimidad (art. 18 CE). En efecto, la vida sexual y su libre ejercicio es un elemento importante de la esfera personal, del desarrollo de la personalidad protegido por el artículo 8 CEDH, y por tanto, encuadrable en el derecho a la intimidad del artículo 18 CE, interpretado conforme al artículo 10.2 CE (vid. STEDH de 25 de marzo de 1992, Caso B. c. Francia; STEDH de 22 de febrero de 1994, Caso Burghartz c. Suiza, STEDH de 25 de septiembre de 2001, Caso P.G y J.H. c. Reino Unido)”.

17. Chueca Rodríguez, R. L.: “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Chueca Rodríguez, R. L. (dir.): *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. Tomo la cita de Delgado Rojas J. I.: “Dignidad humana”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, pp. 176-197, p. 177. En este mismo sentido, se ha dicho que “[e]s un hecho también que tras décadas después de su reconocimiento jurídico en el derecho positivo y de que la dignidad humana, unida a los derechos humanos, sea temática omnipresente en la reflexión antropológico-jurídica del siglo XX, sigue vigente su desvinculación con una fundamentación, lo que, desde el punto de vista teórico, no deja de ser una falta de rigor”, Castilla de Cortázar, B., “En torno a la fundamentación de la dignidad personal”, *Foro, En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, núm. 1, 2015, pp. 1-80, p. 68. También aparecen consideraciones en este sentido en la doctrina internacional: Waldron, J., *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 46 y 48: “Si se echa un vistazo rápido al modo en que la dignidad aparece utilizada en el derecho, probablemente se concluirá que hay una confusión seria en su uso. Aparece definida de distintas maneras en distintos documentos jurídicos (...). Un dualismo todavía más interesante tiene que ver con la distinción entre la dignidad como el fundamento de los derechos y la dignidad como el contenido de los derechos”.

18. Esto lo desarrollamos con más profundidad en Vigo Serralvo, F.: “Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo de 2022, pp. 69-112.

más influencia en la juridificación contemporánea de la dignidad humana¹⁹– esta singular valía es una derivada directa de la capacidad de autodeterminación moral de la que goza el ser humano, de forma exclusiva, en el estado de naturaleza. La dignidad humana presupone así la facultad del ser humano para escoger sus propios fines morales, la de elevarse a *legislador soberano* en la ordenación que da a su conducta²⁰. Nos parece entonces bastante acertada la apreciación de nuestro Tribunal Constitucional cuando afirmó que a partir de este valor, la dignidad humana, se deduce el “derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”²¹.

Pero si aceptamos esta definición o, mejor dicho, esta connotación jurídica de la dignidad, llegamos a una aporía bien patente: la que prohíbe el ejercicio de una actividad, en este caso la prostitución, para salvaguardar un valor, la dignidad humana, que deriva de la capacidad de autodeterminación de la persona que la ejecuta²². Una posible solución a esta contradicción lógica pasaría por responder que, si se prohíbe exclusivamente la prostitución en régimen de subordinación, es precisamente porque en este tipo de vínculo la persona trabajadora carece de la posibilidad de elegir libremente. Con la prohibición de la laboralidad se querría entonces salvaguardar la capacidad de autodeterminación, en este caso sexual, de la persona trabajadora para proteger, a su vez, su dignidad personal. Este otro argumento nos parecería bastante convincente si no fuese porque asume una particular degradación de la moralidad con la práctica de actos sexuales sin justificar explícitamente los motivos de los que se derivaría.

Trataremos de explicarnos un poco mejor: el contrato de trabajo se define ex artículo 1.1 como un contrato voluntario en la medida que exige la libre aceptación de las partes. Obviamente, suscrito ese contrato, el trabajo se inserta dentro de un ámbito regido por el poder de control y dirección del empleador. Bajo la vigencia de la relación contractual, el trabajador queda subordinado a dichos poderes patronales. Sería un debate muy sugerente –y quizás necesario– el que se pregunte si ese régimen de subordinación es contrario a la dignidad humana en tanto que merma las ca-

19. Sobre la influencia de Kant en la aceptación de la dignidad personal como valor referencial de todo el sistema normativa contemporáneo, ético y jurídico, *vid.* Bayefsky, R.: “Dignity, honour, and human rights: Kant’s perspective”, *Political Theory*, núm. 41 vol. 6, 2013, pp. 809-837.

20. “La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad. La habilidad y el afán en el trabajo tienen un precio comercial; la gracia, la imaginación viva, el ingenio, tienen un precio de afecto; en cambio, la fidelidad en las promesas, la benevolencia por principio (no por instinto), tienen un valor interior”. Kant, I.: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 33.

21. STC 192/2003.

22. Esta contradicción es denunciada por Fita Ortega, F.: “Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles.”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020, pp. 131-151.

pacidades de autodeterminación de la persona trabajadora²³. Sin embargo, apenas nadie hoy en día se plantea esa cuestión, quizás porque se acepta que la capacidad de autodeterminación del individuo se ejerció al suscribir el contrato de trabajo y que permanece activa durante su vigencia a través de la posibilidad de rescisión individual²⁴. Dicho de otro modo, la subordinación a la que se halla sujeto el trabajador en el marco de un contrato laboral es una consecuencia asumida con la suscripción libre del contrato de trabajo. Ciertamente es que esa es una libertad formal, y que la capacidad de elección por parte del trabajador, desde una óptica sustantiva, no será del todo plena. Pero si se afirmase que esa limitada libertad material, derivada de la carencia de bienes de capital, es contraria a la dignidad humana, nos veríamos en la necesidad de reformular subversivamente todo nuestro sistema político-económico²⁵. Para terminar ya nuestra divagación, si se admite, por el contrario, como hace nuestro sistema normativo, que la sujeción a la subordinación laboral es respetuosa con la dignidad de la persona trabajadora, debemos preguntarnos por qué esta no se admite en el caso de la prostitución. En uno y en otro caso, la persona trabajadora está sujeta a las órdenes del empleador, a pesar de que estas puedan transgredir sus convicciones morales más íntimas²⁶. Cabría concluir, por lo tanto, al menos a efectos retóricos, que la capacidad de autodeterminación se ve comprometida en un mismo grado en todas estas relaciones laborales. ¿Por qué se dice entonces que la prostitución subordinada afecta singularmente a la dignidad humana? A nuestro modo de ver, y regresamos ya al inicio de nuestra exposición, tal posición solo resultará sostenible si se acepta que la actividad sexual compromete de una manera singular la moralidad del ser humano. Sin posicionarnos a favor o en contra de esta valoración, sí nos preguntamos cuáles serían sus fundamentos últimos, pero resulta sumamente difícil hallar alguno válido para una sociedad aconfesional y pluralista, como la que habitamos, que debería mostrar una tolerancia irrestricta por aquellas opciones vitales que no impliquen una injerencia sobre las esferas de libertad de terceros. Lanzamos por el momento esta cuestión, un tanto provocativa, pero la retomaremos al final de este estudio para abordarla tomando en consideración algunas disposiciones aclaratorias de nuestro Derecho positivo.

23. Esta cuestión fue abordada frontalmente por uno de los padres de nuestra disciplina, cuando fijó como una de sus prioridades lograr la mayor capacidad de autodeterminación del ser humano vid. sobre el particular Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, *passim*. Una visión más sintética de la posición del autor sobre este asunto en Vigo Serralvo, F.: "La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 1, enero-marzo de 2023, pp. 491-522.

24. Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 98.

25. Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo...*, ob. cit., p. 126.

26. Piénsese en el caso de un pacifista cuya empleadora comienza a exportar bienes necesarios para el desarrollo de un frente bélico. También la dependencia material del operario puede llevarlo a continuar en la prestación de servicios a pesar de discrepar profundamente del fin que se le da a su fuerza de trabajo. Lo que nos preguntamos, mayéuticamente, es por qué razón esta esfera de la autodeterminación merecería peor protección que la que afecta a la libertad sexual.

IV. SOBRE LA INCIERTA EXTRAPOLACIÓN DE ESTA DOCTRINA A OTROS TRABAJOS SEXUALES

Comoquiera que fuese, con esta base afrontamos ya una de las preguntas centrales de nuestra investigación, la que se refiere, recordemos, a si esta exclusión al régimen laboral de subordinación es o no aplicable a otras actividades económicas que, de algún modo u otro, implican prácticas sexuales –entendidas estas como una relación afectivo-erógenas–. La profesora Martínez Moreno, por ejemplo, se decanta por una respuesta negativa, la que asume una diferenciación sustancial entre la prostitución y otras actividades lucrativo-sexuales que permitiría la inclusión de estas otras en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Según lo expresa:

La segunda razón por la que creo que no se puede sostener que el que podría denominarse *mercado del sexo* sea algo ajeno por completo a la normativa laboral es que dentro del mismo quedan englobadas actividades y servicios de muy variada índole –desde la lúdica, de ocio y esparcimiento, a la menos conocida de tipo asistencial–, respecto de cuya licitud o posibilidad legal no se ha suscitado duda alguna hasta este momento. Al contrario, alrededor del sexo se articulan y organizan actividades económicas que incluso pueden llegar a ser muy lucrativas, como la pornografía, en sus variadas expresiones y soportes; las líneas eróticas; las saunas y casas de masajes; los servicios de *escort* –azafatas, modelos o acompañantes–; los clubes de *streaptease* o de *lap dance*; y hasta la llamada “asistencia sexual” para las personas con limitaciones funcionales que dificulten la práctica espontánea y autónoma del sexo. Y, naturalmente, el “alterne” y la prostitución²⁷.

Aceptada provisionalmente esta hipótesis, la que afirma el diferente tratamiento jurídico-laboral que merecen la prostitución y otras actividades sexuales, llegamos entonces a la segunda y más importante pregunta de nuestro estudio: Cuál es el elemento sustantivo que diferencia entre sí estas actividades y que actúa como criterio determinante para la aplicación o inaplicación del Derecho del Trabajo.

Aunque la relación de profesiones sexuales puede ser mucho más amplia, centrémonos en la que nos presenta ejemplificativamente la profesora Martínez Moreno en el *verbatim* extractado. A saber: el alterne, las líneas eróticas; casas de masajes; los servicios de *escort* –azafatas, modelos o acompañantes–; los clubes de *streaptease* o de *lap dance*; y la llamada “asistencia sexual” para las personas con limitaciones funcionales. Si admitimos, de nuevo provisionalmente, que sobre todas estas actividades resulta de aplicación el Derecho Laboral, nos encontramos ante la evidente necesidad de encontrar un criterio distintivo, presente en cada una de dichas actividades, que lo diferencie de la prostitución. La tarea no es fácil. La doctrina judicial que tomábamos como punto de partida, la que admite la prestación de servicios de alterne en régimen de laboralidad, diferenció esta de la prostitución por la ausencia de coito, por la carencia de contacto genital o erógeno directo –*vid. supra*–. Siguiendo ese criterio, bien

27. Martínez Moreno, C., “¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1.2, 2020, pp. 148-159, p. 149.

cabría predicarse la aplicación del Derecho Laboral a la telefonía erótica²⁸, al striptease u otros bailes sensuales que impliquen desnudez e, incluso, a algunas formas de pornografía que no comportan la interacción física con otros sujetos –pensamos, verbigracia, en los servicios de *web-cams* eróticas–. Comprobará sin embargo el lector que ese criterio relativo a la ausencia de contacto físico o genital no es válido para incluir en el Derecho del Trabajo varias de las actividades enumeradas. Nos referimos ahora al más evidente caso de la pornografía, pero también los masajes eróticos²⁹ o a la asistencia sexual a las personas con discapacidad o diversidad funcional.

Quizás, los pronunciamientos judiciales que tuvieron que enfrentarse a esta cuestión de forma más directa, aunque sin llegar a resolverla conclusivamente, fueron la sentencia de la Audiencia Nacional y la posterior del Tribunal Supremo que resolvieron la legalidad del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS). Por la importancia que otorgamos a estos pronunciamientos para comprender el estado actual de la cuestión, le dedicaremos un epígrafe aparte.

V. ASUNTO “OTRAS”: SOBRE LA LEGALIDAD DE UN SINDICATO DE TRABAJADORAS SEXUALES

Como es sabido, en este asunto, que alcanzó cierta trascendencia mediática, se discutía si un sindicato podría tener como ámbito funcional lícito las “actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes”. En la medida que los distintos fallos judiciales recaídos en el proceso han sido comentados por doctrina mucho más cualificada³⁰, omitimos sus pormenores más técnicos para rescatar las ideas que más afectan a nuestro cometido. La Audiencia Nacional, en instancia, haciendo suya la jurisprudencia restrictiva de la prostitución en régimen de laboralidad, resuelve la ilicitud del sindicato en tanto que el ámbito funcional fijado en los estatutos:

comprende tanto actividades respecto de las que no cabe duda que pueden ejercerse en el marco de una relación laboral como son las referidas al alterne, entendiéndose por tal la incitación al consumo en establecimientos abiertos al público mediante la provocación del deseo sexual en el cliente –la pornografía, la participación en espectáculos públicos con connotaciones eróticas...–, como el ejercicio de la prostitución bajo el ámbito organicista y

28. En el caso de la telefonía erótica, el régimen de laboralidad se ha admitido, por ejemplo, en la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 diciembre de 2008; la STSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2005.

29. La prestación de servicios de masajista erótico en régimen de laboralidad ha sido admitido en la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2021.

30. Sobre el pronunciamiento que resuelve la instancia, el de la Audiencia Nacional, podemos remitir a: Aragón Gassiot, M.: “Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato OTRAS”: La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 195, 2018, pp. 9-22; Martín Hernández, M. L.: “Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 19 de noviembre de 2018”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 7.1, 2019, pp. 410-414. Miñarro Yanini, M.: “La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 430, 2019, pp. 143-148. Sobre el posterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, Fita Ortega, F.: “La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, pp.135-141.

rector de un tercero, lo cual como se ha dicho no resulta un objeto válido en el marco de un contrato de trabajo.

Desde el momento en que el precepto estatutario no excluye tales servicios de su ámbito funcional, la ilegalidad del mismo resulta manifiesta (FJ 7º).

Enseguida aludiremos a los argumentos con los que Tribunal Supremo casó este fallo y declaró la legalidad del sindicato. Pero antes nos conviene reparar en el *obiter dictum* que aparece en este extracto: el que afirma la legalidad *indubitada* de ciertas profesiones sexuales como la pornografía o el espectáculo erótico. En opinión de la Audiencia Nacional, y esta es la clave de su *ratio decidendi*, si el ámbito funcional del cuestionado sindicato se hubiera limitado a tales actividades, no habría ningún óbice a su operatividad. Comoquiera que dicho ámbito funcional se define en términos precisos y amplios, para abarcar todas las profesiones sexuales, entiende la Audiencia Nacional que su legalización estaría dando carta de naturaleza a relaciones laborales entre quienes ejercen la prostitución y sus empleadores o proxenetas.

Por su parte, el Alto Tribunal, discrepante con el parecer de la Audiencia Nacional, resuelve la licitud del sindicato y de su controvertido ámbito funcional con base principal en la exclusión tácita que procede hacer de la prostitución. Aunque sus fundadores, al definir dicho ámbito funcional emplearon una formulación ambiciosa y omnicomprendensiva, el Tribunal Supremo estima que en él solo cabe entender subsumidas aquellas actividades cuya prestación en régimen de laboralidad está permitida, entre las que no se encuentra, claro está, la prostitución³¹. Según se lee en sus fundamentos jurídicos sexto y séptimo:

con arreglo a nuestro vigente Derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración, y el contrato que así se celebre debe reputarse nulo³². La ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes (art. 1.275 CC), no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral (FJ 6º). (...)

Por tanto, se concluye “que dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a Derecho, hecho aceptado por la recurrente, que reconoce que no existe relación laboral válida en tales casos, por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo”.

31. Esta solución, por tanto, no es extrapolable a otros sindicatos o asociaciones patronales que fijen dentro de su ámbito funcional expresamente la prostitución, tal y como aconteció en el caso “MESALINA” resuelto por la SAN de 23 de diciembre de 2003, recurso 168/2003, en el que se rechaza la inscripción de una asociación patronal que fijaba como ámbito sectorial el “servicio de la actividad mercantil consistente en la tenencia, o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia”.

32. Llamamos la atención sobre este punto de la argumentación porque es la primera vez que es una de las escasas ocasiones en las que la Sala Cuarta se pronuncia de fondo sobre la inadmisibilidad de la prostitución como objeto del contrato de trabajo. En esta ocasión, a diferencia de todas las anteriores que se le habían presentado, no era necesario pasar el filtro de la contradicción por encontrarnos ante un recurso de casación ordinario. Con todo, el caso resuelto no es directamente el de una prestación de servicios por cuenta ajena de prostitución.

El Tribunal Supremo, a diferencia de la Audiencia Nacional, no se pronuncia expresamente sobre la licitud de aquellas otras profesiones sexuales distintas de la prostitución. Nos encontramos, sin embargo, ante un asunto en el que un sindicato, originalmente, quiso agrupar en su ámbito funcional todas las profesiones sexuales, sin ningún tipo de exclusión. El hecho de que el Tribunal Supremo, al corregir el alcance de su ámbito funcional, solo repare en la exclusión tácita de la prostitución podría sugerirnos, *a contrario sensu*, que todas esas otras profesiones sexuales ajenas al proxenetismo sí tendrán cabida en ese ámbito objetivo y, por ende, son susceptibles de un encuadre jurídico laboral³³.

Esta posible lectura, siendo bastante razonable, no es del todo acorde al razonamiento de la sentencia: el Tribunal Supremo, en realidad, rehúsa –a nuestro modo de ver, adrede– concretar qué tipo de actividades tendrían encaje en el controvertido ámbito funcional del sindicato para afirmar lo que es obvio: que en este no cabe entender incluidas aquellas actividades ajenas al contrato de trabajo. Habrá que hacer por tanto una calificación paralela e individualizada sobre las actividades admisibles en este contrato para determinar el alcance real del controvertido ámbito funcional. Se desaprovechó así una ocasión propicia –acaso la más propicia de todas de las que se han presentado en los tribunales– para zanjar de forma clara qué tipo de trabajos sexuales admiten la laboralidad³⁴. La solución definitiva del Alto Tribunal, además de dejar imprejuizada esta cuestión, arroja cierta inseguridad jurídica: la de admitir la legalidad de un sindicato cuyo ámbito de actuación es totalmente indeterminado e incoherente, al menos en su formulación literal, con las limitaciones jurídicas aplicables a las actividades sobre las que se propone operar.

VI. ALGUNAS PROPUESTAS DELIMITADORAS Y SUS INSUFICIENCIAS

Para cerrar afrontaremos uno los compromisos asumidos al comienzo de este estudio: el de esbozar algunas posibilidades interpretativas sobre los límites de la doctrina judicial relativa a la laboralidad del trabajo sexual. Con ellas, como dijimos, antes que atajar conclusivamente esta cuestión, nos proponemos demostrar las dificultades que entraña su resolución. Veremos, en realidad, cómo ninguna de las respuestas que proponemos arroja una solución verdaderamente sólida.

33. También podrán afiliarse a este sindicato quienes ejerzan la prostitución por cuenta propia, que, en tanto que trabajadores autónomos, tienen la posibilidad de afiliación a los sindicatos ya constituidos, aunque no la creación de uno para la defensa de intereses propios *ex* artículo 3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. *Vid.* Fita Ortega, F.: “La STS de 1 de junio de 2021...”, *ob. cit.*, p. 139.

34. Esta falta de concreción y la litigiosidad futura que puede generar es advertida también en Fita Ortega, F.: “La STS de 1 de junio de 2021...”, *ob. cit.*, p. 139.

A. La penetración como posible criterio discriminador

Solo algunas de las sentencias que componen la línea doctrinal que hemos analizado se ha preocupado de precisar las diferencias objetivas entre la prostitución y el alterne. De ordinario, se da por sentado que ambas actividades son manifiestamente heterogéneas y que la primera de ellas incorpora un desvalor mucho más intenso que la segunda. Otras sentencias que han sido un poco más expresivas apuntan a un criterio fisiológico vinculado al *acto o favor sexual* (SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre). El problema es la amplitud de este término, el cual, si acaso de forma voluntariosa, solo nos permite separar el alterne de la prostitución, pero no nos ayuda a deslindar esta última de otras actividades sexuales cuya posible laboralidad está a día de hoy en el aire.

Si de forma un tanto reduccionista –cundo no simplista– identificásemos el acto sexual con el coito o la cópula nos acercamos a un criterio que nos parece a priori sugerente: el que fija en la penetración el límite posible a la laboralidad. Decimos que nos parece sugerente esta posibilidad interpretativa porque, de validarse, conseguiría acotar claramente al ámbito de la laboralidad y, además, podría justificarse a través del propio Derecho positivo. Nos explicamos: Sabiendo que en un Estado liberal la imposición de una restricción sobre el agente individual debe ser excepcional, el reproche o la censura institucional se reserva a aquellas conductas que transgreden los bienes jurídicos superiores³⁵. Dentro las diferentes prácticas que pueden catalogarse como sexuales, parece que son aquellas que implican *penetración* las que merecen una mejor salvaguarda dentro de nuestro ordenamiento. Al menos ese parece ser el sentir democrático expresado en el Derecho Penal, en el que son las agresiones sexuales que comportan penetración las que están asociadas a penas más elevadas ex artículo 179 CP, lo que revelaría que este componente es el que, dentro de los distintos atentados contra la libertad sexual, arrojaría un mayor desvalor “por cuanto ataca al libre albedrío o la libre voluntad sexual del sujeto pasivo de manera especialmente intensa e invasiva”³⁶. Esta remisión a la jerarquización de los bienes jurídicos hecha por el Derecho Penal salva la ardua –quizás imposible– diferenciación lógico-objetiva

35. “Esta formulación negativa protectora de los principios básicos de la comunidad suponía la aplicación del concepto de orden público con carácter de excepción, como ya vimos, es decir, se trataba de una limitación legal de la voluntad, excepcional y de interpretación generalmente restrictiva.”. Acedo Penco, Á.: “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14, 1996, pp. 323-391, p. 350.

36. Cámara Arroyo, S., “Delitos contra la libertad sexual”, en Serrano Tárraga, M. D. (coord.): *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 247. En esta misma sede encontramos una definición técnica sobre lo que debe entenderse por penetración a los efectos de la aplicación de este tipo penal: “la cópula en que se unen los órganos genitales del varón y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina; y, en segundo lugar, la penetración anal o bucal del miembro viril, en cuyos supuestos el sujeto pasivo, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, puede ser indistintamente una mujer o un varón. Limitar la penetración en la cavidad vaginal, anal o bucal, necesaria para que se entienda cometido este delito, a la del miembro viril parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como “acceso carnal”, y también desde la falta de alusión en el precepto a la posibilidad de que pueda conceptuarse penetración, a estos efectos, la “inmisión” de cualquier otro miembro del cuerpo humano. De este modo, respecto a la introducción de cualquier otro miembro del cuerpo humano por vía vaginal o anal, hemos de entender partes del cuerpo como manos, pies, dedos o lengua”. *Ibid.*, p. 249.

del coito con otras actividades profesionales que implican la estimulación corporal. Dicha jerarquización expresa la voluntad de la comunidad política sobre los bienes más dignos de tutela y explica que se rechace la laboralidad de la prostitución al tiempo que se admite la del alterne o la del masaje erótico. En unas y en otras aparece implicada la libertad sexual de la persona trabajadora, pero es solo en la prostitución en la que se dispone de la esfera más protegida de esa libertad sexual. Dicho de otro modo: dentro del bien jurídico genérico que es la libertad o indemnidad sexual, existe uno superior y específico que es el que se asocia al coito o, con más precisión, a la penetración. Aunque parezca muy rudimentario o superficial, este criterio para determinar la licitud o ilicitud de la actividad laboral sexual es estrictamente anatómico: dependiendo de las partes del cuerpo que se vean involucradas en la práctica sexual, si son o no genitales o implican o no penetración, arribaremos a una solución jurídica u otra. De esta forma, como decíamos, se explica la licitud laboral de los telefonistas y masajistas eróticos, de los bailarines y bailarinas de *striptease*, así como la del alterne. Estas, aunque supongan un tipo de actuación sexual –en sentido lato–, no comprometen aquellas esferas de la libertad sexual más protegidas por el ordenamiento.

Formulada en estos términos esta posible solución interpretativa –que no es una propuesta reformista, sino una particular comprensión del *status quo* actual– pasemos ahora a presentar sus disfuncionalidades.

La primera de ella viene dada por la imprecisión, o mejor dicho, inexistencia de límites objetivos que acoten claramente lo qué es la prostitución. Quizás de no sea del todo dable asociar necesariamente esta práctica a la penetración. Como ha dictaminado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: “dicha conducta –la prostitución– puede en principio revestir distintas formas: el acceso carnal, contactos sexuales que no impliquen acceso carnal, actos de fetichismo, prácticas sadomasoquistas, la ejecución de actos de exhibicionismo o tocamientos en espectáculos públicos en vivo o mediante medios de difusión en ciertas condiciones, el mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de líneas eróticas, etc.”³⁷. Pero claro, si identificamos la prostitución, por ejemplo, con los tocamientos o los espectáculos en vivo, en realidad nos encontramos ante servicios de masaje o baile, admitidos en régimen de laboralidad por la doctrina judicial. Si aceptamos esta definición amplia de la prostitución nos encontramos entonces en la necesidad de rechazar la laboralidad de esta en los únicos casos en los que el servicio prestado implique coito o algún otro tipo de penetración. Esto implicaría que una misma relación contractual sería susceptible de calificarse como laboral o no según la concreción que tenga el servicio con cada cliente, y ello sin obviar las insalvables y obvias dificultades existentes para fiscalizar dicha concreción.

Otro reproche que cabe contra el criterio que proponemos, quizás ya intuido por el lector, es la existencia de otras actividades en las que existe penetración e implicación de los órganos genitales cuya laboralidad, al menos como hipótesis, se ha admitido. Nos referimos, claro está, a la creación pornográfica o, en según qué casos, pues es una cuestión discutida, a la atención sexual de las personas con discapacidad.

37. STS, Sala de lo Penal, núm. 1308/2001, de 2 de julio.

Centrémonos, de entrada, en la industria pornográfica. Recordemos que la relación laboral especial de artistas, en la que cabría subsumir a los actores y actrices eróticos, también está sujeta a la subordinación laboral desde el momento en el que “el artista está obligado a realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la Empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo” (art. 6.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos). Esta regulación especial no contempla en ninguno de sus preceptos el derecho del artista a escoger sus compañeros de reparto, lo que en el caso que analizamos se traduce en la soberanía del empleador para ordenar con qué sujetos o sujetos se mantendrán relaciones sexuales, en muchas ocasiones, plenas. Recordemos que ese poder de decisión sobre el destinatario de los servicios sexuales era lo que había llevado a los tribunales a rechazar la posible laboralidad de la prostitución.

A pesar, por tanto, de la similitud objetiva, al menos a estos efectos, entre la prostitución y la producción artística pornográfica, tanto la doctrina judicial como la científica han sugerido que en este segundo ámbito es perfectamente posible la articulación de una relación laboral subordinada y por cuenta ajena³⁸. Particularmente, no hemos encontrado ningún pronunciamiento judicial que afronte de fondo esta cuestión. Sin descartar alguna negligencia en nuestro escrutinio, ni siquiera hemos detectado ningún asunto litigioso en el que las partes mantuvieran una relación laboral cuyo objeto fuese la producción de pornografía. Por lo tanto, la admisibilidad de la relación laboral en este ámbito debe mantenerse solo, insistimos, como hipótesis. Pero aun así cabría preguntarse qué respaldo tendría. En nuestra opinión la diferente solución que algunos defienden para la prostitución y la pornografía obedece a una impresión empírica sobre las condiciones circundantes a cada una de estas actividades. La primera de estas se asocia con frecuencia a la marginalidad y a la precariedad económica de partida de quien la ejecuta. La segunda, sin embargo, aparece asociada a un mayor control higiénico sanitario y a un mayor poder decisorio de sus ejecutores. Aunque hay sobrados ejemplos para desmontar ambos tipos de figuraciones³⁹, aun aceptando su veracidad cabría preguntarse si de por sí estas justifican un diferente trato jurídico. Y es que tales hipotéticas diferencias son, en todo caso, circunstanciales. No afectan a la esencia de la actividad desplegada que es la que determina, en puridad, la licitud del objeto del contrato. Si son las condiciones materiales de su ejecución las que convierten a la prostitución subordinada en una actividad lesiva de la dignidad

38. *Vid. supra*, el pronunciamiento de la AN en el caso OTRAS y Martínez Moreno, C.: “¿Tiene el Derecho del Trabajo...”, ob. cit., p. 149.

39. Por ejemplo, han trascendido a la prensa numerosos casos de explotación laboral y sexual dentro de la industria pornográfica. Por todas, Valdés, I., en Diario El País de 28 de octubre de 2022, “La explotación sexual y laboral que alimenta al porno: “Había 50 hombres esperándome, estuve a punto de perder el conocimiento, pero nadie me hizo caso”. Accesible en <https://elpais.com/sociedad/2022-10-28/la-explotacion-sexual-y-laboral-que-alimenta-al-porno-habia-50-hombres-esperandome-estuve-a-punto-de-perder-el-conocimiento-pero-nadie-me-hizo-caso.html> (último acceso: 10 de octubre de 2023).

humana, con mayor razón habría que defender su sujeción al tuitivo marco que ofrece el Derecho Laboral⁴⁰.

Cabría por otro lado discutir si también la asistencia sexual de las personas con discapacidad se vería afectada por este criterio anatómico de exclusión que proponemos. De nuevo la *alegalidad* de cualquier profesión vinculada al sexo nos impide obtener una definición oficial de este tipo de servicios y las funciones que comprende. En este sentido la doctrina se divide entre quienes rechazan totalmente su admisibilidad, por ver en ella un tipo de prostitución encubierta con connotaciones heteropatriarcales⁴¹; quienes la admiten siempre que el servicio no comporte penetración, sino mera asistencia a la autoestimulación erógena o al coito con la propia pareja sexual del usuario⁴²; o quienes no encuentran ningún óbice a su legitimidad con independencia del tipo de prácticas que se comprometan, incluyendo la penetración⁴³. Solo si se acepta la última de las hipótesis, la que afirmarí­a que la asistencia sexual a las personas con discapacidad admite la penetración, también esta actividad se vería excluida del contrato de trabajo con el criterio de delimitación que estamos ahora manejando. También cabría señalar, en todo caso y de añadidura, la difícil o imposible fiscalización sobre la concreción del servicio que se daría en este ámbito⁴⁴.

En resumen, sea con la prostitución o también con la asistencia sexual de las personas con discapacidad, lo que queremos connotar es la identidad objetiva de la prostitución con estas actividades –también probablemente con otras no aquí enumeradas, pues recordemos que el catálogo de profesiones sexuales que manejamos es ejemplificativo y, con bastante probabilidad, insuficiente–. Aceptando

40. En este punto, viene al caso el planteamiento de algún exponente doctrinal, como Fita Ortega, en el que se defiende que la exclusión de la prostitución de la aplicación del derecho laboral supone, de forma un tanto paradójica, una discriminación por razón de género, al excluir a un colectivo casi monopolizado por mujeres de un marco normativo caracterizado por ofrecer ventajas a la parte más débil de la relación contractual. Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020 (ejemplar dedicado a: Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias), pp. 131-151.

41. Aránguez Sánchez, T.: "Prostitución para hombres con discapacidad. Un intento de legitimar la explotación", en BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.; Díez ROS, R. y Aránguez Sánchez, T. (coords): *Feminismos aplicados. Un enfoque desde la educación, género, violencia estructural y los movimientos sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 214-234.

42. Esta es la posición más común, Cuervo Pollán, A.: "Revisión de algunos argumentos favorables a la asistencia sexual", *Cuestiones de género: De la igualdad y la diferencia*, núm. 18, 2023, pp. 78-95, p. 81.

43. "[...] el acompañamiento sexual, lejos de ser "un catálogo de prestaciones definidas", propone un apoyo en consonancia con las emociones y las expectativas sensoriales y eróticas de las y los beneficiarios que lo reciben. Los cuidados eróticos designan una práctica que puede ir desde caricias sensuales hasta la penetración, abriendo un amplio abanico que incluye acariciar, tocar y ser tocado, el contacto corporal, disfrutar de un masaje, la excitación sexual, juegos eróticos, facilitar –a instancias suyas– el acto sexual a una pareja que no puede lograrlo sin ayuda, la masturbación...". Peirano, S.: "Asistencia o acompañamiento de la vida sexual y afectiva, en diversidad funcional: ¿sí o no?", *Revista digital con la A*, núm. 17 (Mujeres con capacidades diferentes, mujeres plenas), pp. 27-30, disponible en web: http://conlaa.com/wp-content/uploads/2014/12/17_mujeres_con_capacidades_diferentes.pdf (último acceso: 10 de octubre de 2023)

44. Es sugerente observar a este respecto la información brindada por una entidad especializada a la asistencia sexual de las personas con discapacidad, *Tandem Team*, cuando se presenta como "mediador para que la persona acompañante y acompañada puedan conocerse antes de la sesión y, además de valorar sus respectivos deseos, lleguen a los pactos privados que regirá su encuentro íntimo. Para poder acceder a este protocolo se necesita ser mayor de edad y tener el certificado de discapacidad". Accesible en <https://www.tandemteambcn.com/aie> (último acceso: 14 de octubre de 2023).

tal identidad, nos encontramos ante tres escenarios posibles: 1) O la producción pornográfica –y eventualmente la atención sexual de las personas con discapacidad– se estima excluida de la laboralidad –no existe hasta el momento ningún pronunciamiento judicial al respecto, más allá del *obiter dictum* en la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto “OTRAS” que fue revocada por el Tribunal Supremo–; o 2) se admiten estas actividades, excluyendo de ellas la posibilidad de penetración –lo que resulta algo inverosímil en el caso de la pornografía–; o 3) el elemento anatómico que proponemos como criterio determinante de la laboralidad de la actividad sexual debe ser rechazado. Si prevalece esta tercera alternativa, desaparece, al menos a nosotros, cualquier posible criterio objetivo con el que explicar el elenco de actividades susceptibles de prestarse en régimen de laboralidad. Si así fuese, si se rechazase la penetración como criterio excluyente de la laboralidad, solo cabría apelar, como último resquicio, al criterio más indeterminado que es la moralidad pública, pero tampoco esta solución estaría a salvo de objeciones muy cualificadas. Veámoslo.

B. La moral y el orden público como otro fundamento posible al distinto tratamiento jurídico-laboral de las actividades sexuales

Nos ha llamado la atención constatar que ninguna de las sentencias que integran la doctrina que excluye la prostitución del régimen de laboralidad justifica esta solución en razones de moralidad u orden público. Decimos que nos resulta curioso porque buena parte de las críticas que se dirigen contra esta solución doctrinal la acusan de inspirarse en una determinada visión ética no universalizable ni acorde a los cánones de una sociedad moderna y seglar. También nos resulta llamativa la omisión de cualquier alusión a estos principios porque, a nuestro modo de ver, con sus fallas, son los que hubieran contribuido a lograr una argumentación más acabada.

Para justificar nuestra posición nos conviene volver a una pregunta que formulábamos antes y que dejábamos pretendidamente abierta ¿Por qué la subordinación en las actividades sexuales es más reprobable que la subordinación en otro tipo de actividades? ¿Por qué el régimen de subordinación en aquellas atenta más intensamente contra las posibilidades de autodeterminación del sujeto que las ejerce? Esto nos conduce a la pregunta más esencial: ¿Por qué, en una sociedad aconfesional y plural como la que habitamos el acto sexual tiene unas implicaciones morales más intensas que otro tipo de actividades? Quizás, de forma pretendida, generaremos algún recelo si decimos que, en términos estrictamente objetivos o funcionales, desatendiendo cualquier herencia cultural, sería muy difícil distinguir la prostitución de otras actividades profesionales que implican un contacto físico intenso entre el prestador del servicio y el usuario: pensamos, por ejemplo, en los masajistas, los fisioterapeutas o los quiroprácticos. Haciendo abstracción de las coordenadas históricas y religiosas que condicionan nuestro punto de vista, la única diferencia entre este tipo de actividades es las zonas que se someten a ese contacto físico. Desde este punto de vista estrictamente

lógico y aséptico, crecería de cualquier fundamento adoptar una diferente solución en lo concerniente a su licitud.

Esto que decimos, empero, solo sería válido si aceptásemos que nuestro modelo de Estado debe actuar con absoluta objetividad a la hora de fijar cuáles son los patrones de conducta admitidos para ordenar la convivencia cívica. Aunque en algunos modelos teóricos e ideales del liberalismo esta sería la forma de operar más propia y legítima del poder público, la preeminencia del principio democrático posibilita que la colectividad supere ese canon de objetividad para expresar determinados valores morales o culturales no necesariamente universalizables o completamente objetivos. Aparecen así la moralidad y el orden público como instituciones acogidas expresamente por nuestro ordenamiento a modo de cláusula de escape con la que salvaguardar aquellos valores de la comunidad política que no quedan tutelados, en algunos casos concretos, con la aplicación del resto de disposiciones del Derecho positivo. De esta forma, la apelación a la moralidad y el orden público servirá con frecuencia para operar una restricción en la capacidad de autodeterminación de los integrantes de la comunidad política. Como se ha dicho a este respecto:

En el mundo jurídico el orden público, especialmente en su concepción clásica, tiene como misión y objetivo defender la forma de ser de una determinada sociedad, y, por tanto, su organización política, sus instituciones públicas, el sistema económico, la familia, etcétera.

Esta función defensiva, por tanto, de carácter negativo, supone claramente un límite a la autonomía de la voluntad. En este sentido, se expresa De Castro diciendo que los legisladores franceses del *Code* inventaron la cláusula del orden público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía.

El orden público influye con un destacado carácter social, limitando una extensiva interpretación del campo de la autonomía de la voluntad de los particulares y de sus intereses privados, impidiendo que prevalezca el interés de éstos sobre el interés general⁴⁵.

Los ejemplos que cabría traer a colación podrían ser infinitos, bastará comprobar la virtualidad que se atribuye a la moral y al orden público para restringir la operatividad de la costumbre, artículo 1.2 CC, o, lo que es más importante para nosotros, para cercenar las posibilidades negociales de las partes contractuales, artículo 1255 del mismo cuerpo legal. Vemos entonces como nuestro Código Civil, a pesar de inspirarse claramente en el modelo jurídico liberal predominante en el siglo XIX, hace prevalecer los valores morales compartidos por la sociedad sobre la libertad de autodeterminación de los agentes. Los ejemplos no se agotan en esta norma, y aunque no quisiéramos detenernos demasiado en ello, puede aludirse también al orden público que actúa en el derecho internacional privado como criterio para rechazar la aplicación de las normas extranjeras que transgredan “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una

45. Acedo Penco, Á.: “El orden público actual como...”, ob. cit., pp. 349 y 351. La cita dentro del extracto es de De Castro, F.: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, pp. 1030-1031.

época determinada"⁴⁶. Nos podrá parecer esta una solución más o menos legítima, pero nuestro modelo de Estado se reserva la posibilidad de imponer determinados patrones morales sobre la conducta individual de los agentes. Desde esta premisa, se podrá discutir además si cada una de las restricciones operadas resulta más o menos acertada, como ocurre con la prostitución y el vivo debate que hay al respecto. Lo que resaltamos es que, del mismo modo que las instituciones, por ejemplo, se reservan la posibilidad de rechazar aquellas denominaciones sociales que transgredan la moral y el orden público, tiene también la potestad de poner coto a aquellos negocios jurídicos que transgredan estas convicciones compartidas, y así es como se podría explicar, al menos así lo vemos, la limitación a la prostitución en régimen de subordinación.

De este modo, y volviendo al tema que abordábamos, la única opción interpretativa que se nos ocurre para prohibir la laboralidad de la prostitución y tolerarla en otro tipo de trabajos sexuales pasaría por afirmar que aquella, cuando se presta en régimen de subordinación, incorpora un importante desvalor incompatible con nuestras convicciones comunitarias. En lo que hemos podido comprobar, los órganos del orden jurisdiccional social, al consolidar la doctrina que analizamos, no han apelado a la moralidad y el orden público⁴⁷, no al menos en el sentido en el que nosotros lo hacemos ahora: como cláusula de escape para prohibir una prestación de servicios que, en aplicación del resto de disposiciones normativas, sería lícita de toda licitud. Sin embargo, no solo esta convicción parece subyacer en sus diferentes argumentaciones, sino que es, como decimos, la única que permite sostener la actual discriminación entre trabajos sexuales admitidos y excluidos del régimen de laboralidad. Esta posibilidad encontraría encaje además en los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, ya que –según el primero– sólo se admitiría como “objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”, mientras que el segundo dispone que “los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

La objeción a esta otra solución es que, sin embargo, la apelación a la moralidad y el orden público como restricción de la autonomía individual tiene carácter excepcional, reservada para la transgresión de los valores más fundamentales de nuestra convivencia. Tampoco puede emplearse de forma arbitraria. Atendiendo a estas limitaciones cabría preguntarse si el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena agrede con tal intensidad nuestros valores más radicales y, además, si el contenido objetivo de esta actividad se separa claramente del contenido propio de otras profesiones sexuales para justificar una distinta aplicación del orden público en un caso y en otro. La prohibición de arbitrariedad en la imposición del orden público nos llevaría, de nuevo, a descartar la laboralidad de aquellas actividades sexuales más afines a la prostitución.

46. STS, Sala de lo Social, de 5 de abril de 1966.

47. Solo de pasada encontramos alguna alusión a la moralidad en las sentencias que integran este corpus doctrinal, aunque en sentido divergente. Para la STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, recurso de suplicación núm. 3598/2004 “la prostitución, singularmente la ejercida por mujeres, sería contraria a la moralidad (FJ 3º)”, mientras que para la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 no se produciría ese atentado contra la moralidad o en cualquier caso este no sería relevante (FJ 3.5).

Estimamos que el consenso tan generalizado en los tribunales sobre el desvalor que incorpora la prostitución por cuenta ajena haría factible calificarla como un negocio jurídico contrario al orden público, lo que ocurre es que la inseguridad jurídica sobre el régimen aplicable al resto de actividades afines sería muy alta. En realidad, de imponerse este criterio, tampoco se estaría dando respuesta a la pregunta que nos formulábamos –¿cuáles son las actividades sexuales excluidas de la laboralidad? – pues, más que ofrecer un criterio generalizable, la apelación a la moral y el orden público exigiría un pronunciamiento individualizado sobre la compatibilidad de tales principios con cada una de las actividades profesionales de contenido sexual. Algo sumamente inviable si reparamos en que nos encontramos ante un elenco de actividades abierto y cambiante.

VII. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, exponemos algunas de las principales ideas de nuestro trabajo en el orden en el que han sido expuestas:

1. La prostitución es una actividad lícita, a pesar de carecer de un régimen jurídico que atienda a las singularísimas notas que la caracterizan.
2. El estado de anomía en la que se encuentra esta actividad ha propiciado la aparición de una nutrida doctrina judicial que, aplicando disposiciones jurídicas generales, ha concretado los términos en los que resulta ejecutable.
3. En esa línea cabe incardinar la doctrina judicial emanada del orden social de la Jurisdicción que ha dictaminado, insistentemente, que el ejercicio de la prostitución no es admisible en el marco de una prestación laboral de servicios por resultar radicalmente incompatible con la nota de subordinación que caracteriza este régimen contractual.
4. Esta misma doctrina judicial ha debido en ocasiones afrontar la calificación jurídica que merecen otras actividades de contenido sexual, colindantes a la prostitución, resolviendo que estas otras, como el alterne, la telefonía erótica o el masaje tántrico, sí tienen encaje en el Derecho del Trabajo.
5. Nos encontramos entonces con que el elemento incompatible con la laboralidad no es, por tanto, el componente sexual de la prestación de servicios, no al menos todo componente sexual. Dicho en otros términos, para la doctrina judicial social, habrá actividades profesionales sexuales que pueden prestarse en régimen de laboralidad, pero otras no. El problema que hemos advertido es que no se ha elaborado un criterio sólido con el que aplicar esa discriminación.
6. En este sentido, la doctrina científica y la judicial, aun como pronunciamiento *obiter dictum*, han relacionado una serie de actividades sexuales cuya laboralidad sería admisible en nuestro ordenamiento. Ese es el caso de la telefonía erótica, el masaje tántrico, la pornografía o la atención sexual a las personas con discapacidad. Admitiendo la posible laboralidad de estas actividades,

- como hipótesis, nos preguntamos cuál es el elemento objetivo que las diferenciaría de la prostitución y que justificaría un tratamiento jurídico tan dispar.
7. En definitiva, el interrogante central que afrontábamos en este comentario era el que se preguntaba por el criterio para admitir o inadmitir la laboralidad de una actividad económica sexual.
 8. Tratando de resolver esta cuestión desde los criterios interpretativos que nos brinda el Derecho positivo, creemos que un elemento válido para determinar la exclusión de la laboralidad podría ser la penetración, en el sentido en el que aparece caracterizada por el Derecho Penal en aquellos tipos contra la libertad sexual más graves. El reproche cualificado que reciben las agresiones sexuales que entrañan penetración revelaría que nuestra comunidad política otorga una protección singular a aquellas prácticas sexuales que integran el coito, y son estas las que se habrían excluido de un régimen subordinado de prestación de servicios.
 9. Esta propuesta interpretativa obliga sin embargo a rechazar la laboralidad de la producción artístico-pornográfica o, dependiendo cómo se traduzca, la asistencia sexual a las personas con discapacidad.
 10. Si por el contrario tal posibilidad interpretativa fuese descartada jurisprudencialmente, no encontraríamos ya ningún criterio objetivo con el que distinguir qué trabajo sexual es admisible en régimen de laboralidad, lo que no solo generaría un alto grado de inseguridad jurídica, sino también una aplicación arbitraria del Derecho Laboral. La última solución planteada, la apelación a la moralidad y el orden público como límite a la libertad contractual de las partes, nos parece también insuficiente en la medida tampoco explica el diferente desvalor que incorporaría cada una de las diferentes profesiones sexuales.

Bibliografía

- Acedo Penco, Á.: "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14, 1996, pp. 323-391.
- Alemán Páez, F., "Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, pp. 1255-1287.
- Aragó Gassiot, M.: "Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato OTRAS": La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 195, 2018, pp. 9-22.
- Aránguez Sánchez, T.: "Prostitución para hombres con discapacidad. Un intento de legitimar la explotación", en Bandrés Goldáraz, E.; Díez Ros, R. y Aránguez Sánchez, T. (coords.): *Feminismos aplicados. Un enfoque desde la educación, género, violencia estructural y los movimientos sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 214-234.
- Bayefsky, R.: "Dignity, honour, and human rights: Kant's perspective", *Political Theory* n. 41, vol. 6, 2013, pp. 809-837.

- Bobbio, N.: *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002.
- Boza Moreno, E.: “La prostitución en España: el limbo de la alegalidad”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 39, 2019, pp. 217-301.
- Boza Moreno, E.: *La prostitución como trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Cámara Arroyo, S.: “Delitos contra la libertad sexual”, en Serrano Tárraga, M. D. (coord.): *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Castilla de Cortázar, B.: “En torno a la fundamentación de la dignidad personal”, *Foro, En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, núm. 1, 2015, pp. 1-80.
- Cuervo Pollán, A.: “Revisión de algunos argumentos favorables a la asistencia sexual”, *Cuestiones de género: De la igualdad y la diferencia*, núm. 18, 2023, pp. 78-95.
- Delgado Rojas J. I.: “Dignidad humana”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, pp. 176-197.
- Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013.
- Fita Ortega, F.: “El trabajo sexual en la doctrina judicial española”, en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, pp. 203-254.
- Fita Ortega, F.: “La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, pp.135-141.
- Fita Ortega, F.: “Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles”, *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020 (ejemplar dedicado a: Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias), pp. 131-151.
- KANT, I.: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Martín Hernández, M. L.: “Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 19 de noviembre de 2018”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 7.1, 2019, pp. 410-414.
- Martínez Moreno, C.: “¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1.2, 2020, pp. 148-159.
- Miñarro Yanini, M.: “La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 430, 2019, pp. 143-148.
- Peirano, S.: “Asistencia o acompañamiento de la vida sexual y afectiva, en diversidad funcional: ¿sí o no?”, *Revista digital con la A*, núm. 17 (Mujeres con capacidades diferentes, mujeres plenas), pp. 27-30, disponible en web: http://conlaa.com/wp-content/uploads/2014/12/17_mujeres_con_capacidades_diferentes.pdf (último acceso: 10 de octubre de 2023).
- Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.
- Vigo Serralvo, F.: “La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 1, enero-marzo de 2023, pp. 491-522.
- Vigo Serralvo, F.: “Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo de 2022, pp. 69-112.
- Waldron, J.: *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.