



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Luz Pacheco-Zerga

España, 2005

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

## La aplicación del Derecho en el caso “Mesalina”

La Audiencia Nacional (AN), mediante la Sentencia n. 104/2003 (AS 2003/3692) ha otorgado el derecho de inscripción en el Registro correspondiente de la Dirección General de Trabajo (DGT) a la Asociación Nacional de Empresarios «Mesalina» (ASNEM), que –de acuerdo a sus Estatutos– tiene por objeto la actividad mercantil de “tenencia y/o gestión 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”.

Las consecuencias jurídicas y sociales de este pronunciamiento son profundas y variadas: analizaremos a continuación algunas de ellas.

### **I. Relación de hechos y fundamentos jurídicos.**

1. El 15 de mayo de 2003 se constituyó la Asociación “Mesalina”, de ámbito nacional, para la actividad mercantil anteriormente indicada de “tenencia y/o gestión 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”. El día 5 de junio del mismo año presentó a la DGT una solicitud de depósito de los estatutos y acta de constitución. El 25 del mismo mes la DGT requirió a la Asociación la presentación de diversa documentación complementaria. La Sentencia de la AN sólo hace mención expresa al requerimiento de modificación «del artículo tercero; en el sentido de suprimir la última frase del primer párrafo, que dice, en concreto "... y que ejerzan la prostitución por cuenta propia” puesto que en el ordenamiento jurídico español esta actividad no se reconoce como actividad por cuenta propia o ajena».

2. El 7 de julio de 2003 la ASNEM presentó la documentación solicitada y una modificación del Art. 3 de los Estatutos consistente en añadir dos párrafos al citado artículo de los Estatutos, pero sin suprimir la frase cuestionada, que tienen el siguiente tenor:

«La referencia realizada en el párrafo anterior a la actividad de alterne y prostitución por cuenta propia se realiza exclusivamente para delimitar concretamente el ámbito sectorial de la asociación, y bajo ninguna circunstancia debe entenderse en el sentido de inducción, promoción, intermediación o cooperación, con estas actividades.

En todo caso, las terceras personas, ajenas al establecimiento, que constituyen el público objetivo de los establecimientos públicos hosteleros que forman el ámbito



sectorial de la asociación deberán cumplir en el ejercicio de su actividad los requisitos, establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20.11.2001 (TJCE 2001, 414), "Sany<sup>1</sup> y otras" en su respuesta cuarta, según la cual "Los artículos 44 ap. 4 letra a) inciso i) del citado Acuerdo de asociación con la República de Polonia y 45 ap. 4, letra a), inciso i) del citado Acuerdo de Asociación con la República Checa deben ser interpretados en el sentido de que el concepto de 'actividades económicas por cuenta propia' utilizado en dichas disposiciones tiene el mismo significado y alcance que el de 'actividades no asalariadas' que figura en el art. 52 del Tratado CE (LCEur 1986, 8) (actualmente art. 43, tras su modificación)". La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración, y por consiguiente, está incluida en ambos conceptos e igualmente en su respuesta Quinta, según la cual "Los artículos 44 del citado Acuerdo de Asociación con la República de Polonia, 45 del citado Acuerdo de asociación con la República Checa deben ser interpretados, en el sentido de que la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercitadas de manera independiente a las que se refieren dichas disposiciones, siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia y, a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente. Corresponde el juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si reúne estas condiciones"».

3. La DGT dictó una Resolución el 21 de julio denegando la formalización del depósito de los Estatutos de ASNEM motivando su decisión en los siguientes fundamentos:

a) La prostitución por cuenta propia de mayores de edad es una actividad no regulada en el ordenamiento jurídico español a nivel nacional o autonómico, por lo que la califica de "tolerada".

b) Que la declaración que realiza ASNEM en sus Estatutos, en la modificación presentada el 7 de julio, es una mera declaración de principios, ya que de utilizarse otros medios tipificados como delitos para realizar las actividades que son el objeto social de la empresa, serían ilegales.

c) Que el nombre de *Mesalina* tiene un significado preciso en la lengua española, que puede ser calificado como discriminatorio por razón de género respecto a las mujeres.

---

<sup>1</sup> El nombre correcto, de acuerdo al texto de la Sentencia del TJCE es *Jany*.

d) Que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2001(TJCE 2001, 414) contempla un supuesto de hecho distinto que no es aplicable en el presente caso.

4. La AN considera, en cambio, que:

a) No puede negarse el derecho de la autoridad administrativa a calificar y, consecuentemente, rechazar la formalización del depósito de los estatutos, pues es una facultad que le confiere la legislación vigente en temas relacionados con la libertad sindical, en concreto, el art. 3 de la Ley 19/77 (RCL 1977, 727); art. 2.2 del RD 873/77 (RCL 1977, 877) y el art. 4.7 Ley Orgánica 11/85 (RCL 1985, 1980). Esta facultad se encuentra ratificada por la Disposición Adicional 6ª del RDLeg 21/1995 (RCL 1995, 1144, 1563), que establece expresamente el derecho «de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos de las asociaciones empresariales»<sup>2</sup>.

b) El cuestionamiento de la actividad mercantil de la ASNEM así como del nombre elegido por considerarlo discriminatorio por razón de género respecto a las mujeres no fueron comunicadas en el requerimiento realizado por el funcionario, por lo que la resolución administrativa produce la indefensión del solicitante (art. 2, RD 873/77; art. 74.3 de la Ley Orgánica 11/85).

c) Que el término “Mesalina” es definido en el Diccionario de la Real Academia Española (DRALE) con la significación de «Mujer poderosa o aristócrata y de costumbres disolutas» por alusión a Mesalina, esposa de Claudio, emperador romano. Asimismo que la expresión «mesalina» describe, “en su uso más común, un prototipo humano que la historia ha incorporado a nuestro acervo lingüístico y la hipotética censura jurídica ante su aparición no puede justificarse por la mera mención del término, que el propio diccionario oficial efectúa, sino en todo caso de su uso en un contexto y con un referente que lo impregne de un matiz semántico degradador o descalificador. Y que al ser utilizado como nombre propio, y no común, por ASNEM tiene una interpretación autorreferente que no puede calificarse como acto de discriminación contra uno mismo”.

d) Que al cuestionar la actividad “prostitución por cuenta propia” la autoridad administrativa ha excedido el control formal que le corresponde pues se trata de una valoración de derecho que exigía la impugnación judicial y no una mera subsanación administrativa.

e) Que calificar la prostitución como “actividad tolerada” implica la adopción de una jerarquía axiológica determinada, que “repugna la de nuestro vigente Estado Constitucional Aconfesional”.

---

<sup>2</sup> ‘La fundamentación de la AN en este punto parece suficiente, por lo que no volveremos a tratar este tema.



f) Que las libertades del ciudadano son públicas y, por tanto, el Estado no puede condicionarlas ya que les debe “respeto y amparo, obligatorio y no potestativo” porque en “el Estado democrático de Derecho se rechaza el atentado a la libertad, pero no el ejercicio de ésta”.

g) Que la prostitución es una actividad regulada por el Código Penal “como constitución negativa”, de este modo tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y *a contrario sensu* de su texto, perfila la que ésta permite. La frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que se realiza. La AN considera que la relación no es antijurídica, por razones causales [“el chaleo 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”.

h) Finalmente, la AN considera que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí es aplicable al presente caso porque la prostitución ejercida en las condiciones previstas por los estatutos de la ASNEM es compatible con el ordenamiento español, que no prohíbe esa actividad económica. Y porque mientras los servicios de “alterne” han sido calificados por la jurisprudencia como laborales cuando existen ajenidad y dependencia organizativa, la prostitución, no; porque el “favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial”. Termina la argumentación estableciendo la diferencia entre el “alterne” [que puede ser para *trabajadoras* por cuenta ajena] y la prostitución [que sería para *trabajadoras* por cuenta propia], que a su vez corresponden a los contratos de trabajo y de arrendamiento de servicios, respectivamente.

## II. Análisis jurídico de la Sentencia de la AN

1. La DGT no cuestionó en su momento el nombre elegido por ASNEM ni la calificación de “mercantil” respecto al objeto social, pero utilizó ambos argumentos para denegar la inscripción, por lo que —efectivamente— incurrió en infracción, porque sólo tiene facultad para observar una vez los vicios formales en el procedimiento registral. Asimismo, no puede considerarse que un nombre comercial voluntaria y libremente elegido sea auto discriminatorio sino, más bien, tipificante del tipo de actividad que se pretende realizar, ya que el nombre, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), es una “palabra que se apropia o se da a los objetos y a sus calidades para hacerlos reconocer y distinguirlos de otros”.

La DGT, según la AN, habría excedido el control formal que le encomienda la ley al requerir la supresión del término “prostitución por cuenta propia” pues al hacerlo estaba cuestionando la misma actividad empresarial, lo cual es competencia del orden

jurisdiccional. No obstante, la ASNEM al subsanar la observación realizada admite la competencia del órgano administrativo, puesto que la calificación realizada por la DGT es de carácter formal, ya que las actividades de “alterne y prostitución por cuenta propia” no se encuentran tipificadas laboralmente ni se incluyen entre las categorías ocupacionales reconocidas por la OIT<sup>3</sup>. Por tanto, no es posible encuadrarla dentro los márgenes laborales nacionales ni internacionales de calificación profesional. Teniendo en cuenta, además, que lo esencial para calificar una ocupación es la actividad en si misma considerada y no si se efectúa por cuenta propia o ajena.

2. Respecto a la calificación de la actividad de la prostitución, la AN desarrolla una argumentación filosófica y de interpretación jurídica en la que rebate los argumentos de la decisión de la instancia inferior. Resaltaremos tres temas que consideramos especialmente relevantes:

a) **La jerarquía axiológica:** La calificación que la DGT realiza de la prostitución como “actividad tolerada”, es considerada por la AN como “extrajurídica” porque “presupone una jerarquía axiológica, propia de un Estado que, en fusión espiritual con una específica moral religiosa o partidista se cree legitimado para adoptar una postura desplegada respecto a los otros ámbitos éticos divergentes existentes en la sociedad, metafísica que repugna la de nuestro vigente Estado Constitucional Aconfesional”.

Sin embargo, si nos remitimos al DRALE encontramos que el término “tolerar” significa *respetar las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias*. En este caso la DGT reconoció la existencia de la actividad de la prostitución pero no aprobó su registro precisamente porque aunque ya no sea un delito penal —siempre y cuando no se den los supuestos del art. 188 del Código Penal— no existe un estatuto jurídico positivo específico para ella. De hecho existen pronunciamientos doctrinales sobre la alegalidad de la prostitución<sup>4</sup>.

Además, no puede negarse que el oficio de la prostitución tiene una connotación distinta a la de los demás oficios y actividades reconocidos en España y en el mundo occidental como merecedores de tutela laboral. La prostitución de menores sigue siendo un delito y objeto de diversos pronunciamientos de los Estados ante su creciente desarrollo, por

<sup>3</sup> Cfr. O.I.T., *Clasificaciones de ocupaciones, competencias y formación profesional: ¿paralelismo o convergencia?* (Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional (Cinterfor/OIT), 2004 [ubicado el 19.V 2004]); obtenido en <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/vargas/clasific/cap3.htm>.

<sup>4</sup> Cfr. Pablo BELLONCH SANZ, “¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de “alterne”,” *Aranzadi Social*, no. 17 (2004): 62-63. Cita para ello la calificación realizada por el Prof. Tamarit Sumalla, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lleida, en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado de estudio sobre la realidad y problemática que en el ámbito jurídico, económico, político y social plantea el fenómeno de la prostitución, llevada a cabo el 7 de octubre de 2002 (BOCG, Diario de Sesiones, Senado, VII Legislatura, Comisiones, núm.337, págs. 8 y ss.).



el profundo daño psíquico, moral y físico que produce<sup>5</sup>. En cambio, no constituye un delito enseñar a un menor o a un incapaz a coser, bailar, segar, pintar, o cualquier otro oficio que pueda ser objeto de un contrato de trabajo, porque es evidente que estos oficios —a diferencia de aquél— potencian las capacidades auténticamente humanas. En todo caso, lucrar abusivamente con el trabajo de menores o incapaces sería siempre reprobable, pero con una diferencia esencial: mientras la prostitución corrompe en todos los casos, las demás actividades en sí mismas consideradas, no; aunque sí perjudiquen al menor o incapaz por las condiciones en que se realicen.

El hecho de que una persona sea mayor de edad no anula los efectos nocivos de la prostitución. La prostitución tiene una carga moral —es decir, relativa al desarrollo de hábitos de actuar— que configura el perfil ético de una persona y, por tanto, el de una sociedad, ya que la acción humana tiene una repercusión social. De hecho, los Estados se plantean acciones de reinserción social para quienes libremente decidan abandonar la prostitución<sup>6</sup>, lo cual no ocurre con las demás ocupaciones calificadas como trabajos u ocupaciones por la DGT. Por eso resulta cuando menos contradictorio, que el Estado invierta los fondos públicos en “reincorporar” a la vida social a las prostitutas y, a la vez, conceda licencia de funcionamiento a particulares para que faciliten la práctica del lenocinio.

En consecuencia, para evaluar ética y jurídicamente la prostitución de adultos no es suficiente hacer referencia a la libertad con que se actúa: es necesario tomar en consideración sus efectos —físicos y éticos— en los sujetos que la practican<sup>7</sup>. Se entiende, pues, que ante la nueva figura jurídica planteada por la Asociación Mesalina, la DGT denegara su solicitud de inscripción por el vacío legal existente y por las consecuencias que acarrearía para la libertad y dignidad de “las terceras personas” que supuestamente utilizarían los hostales de

---

<sup>5</sup> Cfr. La Convención 182 de la OIT, aprobada en 1999 (AS 2001/1187); el "Protocolo para prevenir, suprimir y castigar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños", complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, aprobado por las Naciones Unidas en noviembre de 2000 y el "Protocolo optativo sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil", de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 18 de enero de 2002 (AS2003/2879).

<sup>6</sup> Cfr. *Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 1998, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres establece las siguientes: “En el plano social, resultan importantes tanto la asistencia social específica para las víctimas (centros de acogida, reinserción) como los controles administrativos más estrictos de las condiciones de trabajo en ciertos sectores de actividad. A largo plazo, la prevención constituye un elemento clave para cambiar la actitud de la sociedad hacia la explotación sexual de las mujeres. Para ello, la Comisión se propone utilizar las políticas y los programas existentes en materia social (INTEGRA), educativa (LEONARDO) y de salud para luchar contra el racismo y promover la igualdad de oportunidades y los derechos humanos. El programa DAPHNE se encuadra también en este enfoque, apoyando a las ONG que actúan sobre el terreno”.*

<sup>7</sup> *Recientemente una ex-prostituta australiana que está trabajando en su país de origen en la rehabilitación de mujeres dedicadas a la prostitución, declaró a la opinión pública que muchas de esas jóvenes atienden de ocho a quince “clientes” cada día y por las drogas y la violencia que existe en la sociedad, acuden a ella sin prendas y sin dientes, que les han sido arrancados a golpes por los “clientes”. Para más información Cfr. ZENIT, Linda Watson, una ex-prostituta. (Zenit.org, 2004 [ubicado el 23-IX 2004]); obtenido en [www.http://zenit.org/spanish](http://www.http://zenit.org/spanish).*



la Asociación para la actividad de alterne y prostitución<sup>8</sup>.

Por otro lado, es evidente que todo planteamiento jurídico va unido a una jerarquía de valores. Más aún no podemos “renunciar a valorar, a comparar el Derecho existente con modelos éticos ideales, vengan éstos dados por una moral transpersonal o subjetiva”<sup>9</sup>. Sólo así es posible ordenar la vida social: en las cuestiones éticas no cabe la neutralidad. De hecho, la AN, especialmente en el quinto fundamento de la Sentencia, expone la jerarquía axiológica en la que cree y la imponen —a través de su fallo— a la sociedad<sup>10</sup>.

De acuerdo a la interpretación realizada por la Audiencia Nacional, lo esencial es la libertad con que se actúa, no sólo para configurar el delito de prostitución sino para el ejercicio de la misma: ni la causa ni el objeto de intercambio son relevante para establecer la licitud de dicho oficio. Por tanto, se renuncia a valorar si el contenido de la prestación es conforme a la dignidad de la persona humana. Pero, las instituciones políticas y sociales, entre las que se encuentran las jurídicas, “han de ser juzgadas por el bien o el mal que causan al individuo, y no sólo por su mayor o menor corrección técnica, por su mayor o menor capacidad de generar seguridad jurídica. Junto a ésta, habrá de ponderarse la justicia y utilidad del Derecho, (...) la «moralidad interior» de las instituciones jurídicas”<sup>11</sup>.

Fijar esa *moralidad interior* consiste, en última instancia, en definir la ética subyacente en un sistema normativo porque el Derecho, “en parte es dado y en parte es elaborado”. Por eso, puede afirmarse también que “el Derecho en parte se hace y en parte se descubre”<sup>12</sup>. El Derecho se encuentra afianzado en una ética determinada porque el ordenamiento jurídico forma parte de la cultura y de la vida social civilizada<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> *Inclusive, podría existir responsabilidad penal e inhabilitación administrativa por colaborar en la promoción de la prostitución, en caso de tipificarse las conductas del art. 188 del Código Penal que establece:*

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.
2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

<sup>9</sup> Cfr. Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 1a ed., Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1997, 105-106.

<sup>10</sup> Toda sentencia, que se pronuncie sobre derechos y libertades humanas fundamentales lleva implícita una valoración ética determinada. Cfr. sobre este tema OLLERO, Andrés, *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

<sup>11</sup> Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 1a ed., Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1997, 106.

<sup>12</sup> Manuel ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, 5a. Ed., Madrid, Civitas, 1994, 19.

<sup>13</sup> Cfr. Loc. cit., 18-19. Precisa aún más ALONSO OLEA: “Así, la elevación sobre lo obvio es la toma de conciencia del *quid* en que el Derecho consiste, que hace de las conductas precisamente conductas debidas, el percatarse de que el Derecho formalmente es la relación entre hombres -por supuesto entre hombres libres, entre



La ética que ha forjado Europa —y al mundo occidental— es la cristiana que, por ejemplo, acuñó el término *persona*<sup>14</sup> y estableció las bases del Derecho internacional público y de los derechos humanos en la Escuela de Salamanca, con motivo de la discusión de la naturaleza y derechos de los indios<sup>15</sup>. Y en épocas más cercanas, fueron esos mismos valores los que impulsaron a Robert Schuman a trabajar por la unión de los pueblos de Europa, promoviendo la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que fue el germen de la Unión Europea<sup>16</sup>. En consonancia con esa tradición de respeto y apertura, es necesario que el Estado sea auténticamente democrático, abierto a la sociedad multicultural, y —por eso mismo— con una jerarquía axiológica transparente que permita armonizar los diferentes valores y mentalidades de las personas que integran la nación. Si la libertad individual se convierte en el valor máximo de la vida personal, sin ninguna referencia ética, estaríamos ante una nueva modalidad del liberalismo del siglo XIX, cuyas consecuencias llevaron a los primeros iuslaboralistas españoles a afirmar que “la realidad viene a demostrar pronto que la libertad como fin no vale para nada: los ideólogos del 48 no son, ciertamente, parcos en manifestaciones de este tipo”<sup>17</sup>.

En resumen, ni neutralidad ni paternalismo autoritario: al Estado no le corresponde dirigir a las personas hacia la virtud o pretender alejarla del vicio con medidas punitivas, cuando se trata de actos consensuales realizados por adultos en la intimidad, pero sí le

---

personas- hecha necesaria por su convivencia social, (...) no simplemente" formas de actuar habituales, sino ante todo, formas obligatorias de actuar, esto es, sustraídas en alguna medida del arbitrio individual". ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del trabajo*, 21.

<sup>14</sup> Son ilustrativas las reflexiones de LLOMPART sobre el concepto de persona en el Derecho japonés. Cfr. José LLOMPART, "El concepto de persona en el Derecho japonés," *Persona y Derecho* Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (I), no. 40 (1999).

<sup>15</sup> La disputa fue zanjada en 1537 por la Bula *Admirabilis Deus* de Paulo III. Cfr. VV.AA., "La defensa de los indios" en *Historia General de España y América. El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos hasta fines del siglo XVI*. (Madrid: Rialp, 1991), 658. Cfr. también Manuel ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo, Estudios Jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1979, 14-16.

<sup>16</sup> Cfr. Portal Unión Europea, *Padres Fundadores*. [[http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index_es.htm)] (Unión Europea, [http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index_es.htm) 2004 [ubicado el 20.V]).

<sup>17</sup> Gaspar BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, Tecnos, 1955, 19. A la vez, no es una experiencia exclusiva de España así, por ejemplo, Sergio Cotta escribe: “*L'uomo moderno ha scoperto negli ultimi secoli le individualità nazionali, culturali, di classe - ed era inevitabile, poiché esse sono il prodotto della storia e dell'esperienza. Ma si è finito con l'esaltarle a supremo valore, scavando così i fossati che dividono gruppo da gruppo, società da società. Ne sono nate incomprensioni, odii e guerre cui sembra che non si possa trovare stabile rimedio pratico. E, ciò che è più grave, questo culto della particolarità, delle individualità di gruppo o di nazione o di ceto, sembra escludere ogni principio ideale capace di superare e comporre queste dilaceranti divisioni*”. Sergio COTTA, "Una presenza antica per un problema attuale" en *Cicerone. Etica e politica. Antologia dal "De Officiis"*, *Serie latina* (Torino: Paravia, 1972), XIV. Cfr. también sobre este tema OLLERO, Andrés, *Democracia y convicciones en una sociedad plural*, 1a ed., Berriozar (Navarra), Navarra Gráfica Ediciones, 2001.

corresponde velar por la moralidad pública<sup>18</sup>. Por eso es necesario que los poderes públicos realicen una valoración ética de la prostitución para adoptar una postura clara teniendo en cuenta el bien integral de quienes se dedican a ella y de la sociedad en su conjunto<sup>19</sup>.

Y, finalmente, respecto a las libertades ciudadanas es preciso no confundir el plano de los derechos con el de las libertades<sup>20</sup>. En concreto, una persona tiene *libertad* para prostituirse pero no tiene el *derecho* de hacerlo. Y es que, mientras el ejercicio de la libertad implica una opción personal responsable, que se resuelve en el ámbito personal aunque tenga consecuencias sociales; el mundo de lo jurídico implica siempre la condición de algo *debido* ya sea por naturaleza o por consenso. De modo similar a como una persona tiene *libertad* para mutilarse pero no el *derecho de mutilarse* (pues lo debido por razón de naturaleza es la conservación de la integridad física<sup>21</sup>). En consecuencia, alguien puede optar por prostituirse pero no tiene *el derecho a hacerlo* porque es una opción vital contraria a la afectividad y a las relaciones humanas normales. Establecer qué es lo *normal* y qué no lo es, excede los límites de este estudio pero puede comprenderse utilizando *el sentido común*, que no siempre es el más común de los sentidos. Sirva sólo como referente que el DRALE define el término *normal* como una cosa que se encuentra en su estado natural. Más aún: “que sirve de norma o regla”. Y —sigue diciendo el DRALE— *norma* equivale a “razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas”. Conviene, pues, no confundir lo *normal* con lo *común*, que es, siempre de acuerdo al DRALE, lo “corriente, recibido y admitido de todos o de la mayor parte”. Así, por ejemplo, en muchos ambientes es *común* no cumplir con la palabra dada, pero no es —ni puede ser— lo *normal*<sup>22</sup>.

#### b) *La aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE 2001, 414) “Jany<sup>23</sup> y otras”:*

Mientras que la DGT considera que los supuestos de hecho contemplados en uno y otro caso son distintos, la AN entiende que son los mismos, pero desde otra perspectiva. El

<sup>18</sup> Cfr. JOHN FINNIS, "Derecho, moral y "orientación sexual", " *Persona y Derecho*, no. 41 (1999): 619. Al Estado le corresponde, sigue diciendo FINNIS, “identificar, fomentar facilitar y sostener, deliberada y públicamente, aquello que es verdaderamente valioso (incluyendo la virtud moral); (...) e identificar desalentar y obstaculizar deliberada y públicamente aquello que es dañoso y malo”.

<sup>19</sup> El movimiento migratorio y económico que rodea esta actividad es muy grande y de relevancia internacional. Cfr. BELLONCH SANZ, "¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne", " 62.

<sup>20</sup> Para las relaciones entre derechos y deberes Cfr. Álvaro d' ORS, *Nueva introducción al estudio del Derecho*, 1a Ed., *Cuadernos Civitas*, Madrid, Civitas, 1999, 27 y ss. y del individualismo con los derechos humanos: Jesús BALLESTEROS, "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos," *Persona y Derecho. Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (II)*, no. 41 (1999): 15-28.

<sup>21</sup> Supuesto distinto es el de la mutilación de un miembro para salvar la vida: en este caso el deber de mantener la vida es superior al de conservar ese miembro.

<sup>22</sup> Sobre la evolución del concepto de “dignidad humana” en el último siglo Cfr. GONZÁLEZ, ANA MARTA, "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica" en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo* (Pamplona: EUNSA, 2004), 17-41.

<sup>23</sup> Cfr. nota 1.



caso solucionado en la instancia europea tiene por objeto resolver la denegatoria de permiso de residencia en Ámsterdam (Países Bajos) a seis mujeres que querían trabajar como prostitutas por cuenta propia, alegando «razones imperiosas de carácter humanitario». El Tribunal consideró que siendo lícita esa actividad para mujeres nacionales de los Países Bajos, no era procedente negar la práctica de esa actividad a mujeres procedentes de otros países y, consecuentemente correspondía otorgarles el permiso de residencia solicitado.

Por contraste en el caso *Mesalina* la solicitud es presentada por una Asociación Empresarial que tiene por objeto facilitar “el alterne y la prostitución por cuenta propia” en los hostales de su propiedad. Es decir, un supuesto de hecho sustancialmente distinto, puesto que se trata de una Asociación de Empleadores y no de quien ejerce el oficio en cuestión. Más aún, no se cumple con el requisito del fundamento setenta de la Sentencia: “Corresponde al juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen las condiciones que permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente, a saber:

- sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución;
- bajo responsabilidad propia, y
- a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce”.

Por estas razones, parece más acertada la valoración que realiza la DGT cuando señala que la Asociación, al incluir los dos párrafos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el tercer artículo de sus Estatutos únicamente ha realizado una declaración general de principios, que resulta insuficiente para establecer que no se trata de una red de proxenetismo.

Más aún, la aplicación del Derecho debe realizarse teniendo en cuenta la realidad socioeconómica: la ciencia jurídica no puede aislarse en un tecnicismo lógico que ahogaría su finalidad de justicia y equidad<sup>24</sup>. Esto exige evaluar los datos sociológicos en torno a esta cuestión, así como las normas existentes a nivel nacional y mundial sobre la trata de personas con fines de explotación sexual. Por eso, son especialmente relevantes las declaraciones que la ex directora del Programa de la Mujer de la UNESCO, Wassyla Tamzali, realizó recientemente en el Ayuntamiento de Madrid, donde afirmó que España es el país de la

---

<sup>24</sup> Cfr. MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 88. Manuel ALONSO OLEA, *La aplicación del Derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones, 1970, 7.

Unión Europea "en el que es más fácil ejercer la prostitución: en España, la prostitución está industrializada, y eso no ocurre en ningún otro país del mundo, hay que poner obstáculos a la prostitución en lugar de hacer autopistas que atraen a más clientes y más prostitutas"<sup>25</sup>.

Por otro lado, estadísticas oficiales informan que en España se dedican a esta actividad unas 300,000 personas y el movimiento migratorio alrededor de ella va en aumento<sup>26</sup>. Asimismo, la reciente modificación del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 11/2003 evidencia el desarrollo del proxenetismo en el país<sup>27</sup>. Es necesario pues que los Tribunales de Justicia Social apliquen el Derecho realizando una labor integradora del Ordenamiento. Otorgar reconocimiento legal a Asociaciones como Mesalina o dar de alta en la Seguridad Social a las camareras de alterne constituyen, a nuestro entender, *autopistas* que facilitan realizar actividades que quiebran la defensa de la dignidad de las personas<sup>28</sup>.

### **c) La actividad de la prostitución y el trabajo por cuenta propia:**

Con motivo de pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con esta materia se está empleando una terminología nueva: “trabajadoras del sexo”, “trabajadoras sexuales” o se emplea el de “trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena” para distinguir el que realizan las camareras de alterne en situación de dependencia, del de las prostitutas<sup>29</sup>. Asimismo, en el sexto fundamento de la Sentencia de la AN, en concordancia con la jurisprudencia que se menciona en ella, se establece que cuando se comprueban la dependencia y ajenidad en la actividad de alterne, existe relación laboral. Por eso, interesa delimitar si el empleo del vocablo “trabajo” o el de “trabajadoras” aplicada a quienes ejercen el alterne o la prostitución responde a la realidad normada por el Derecho del trabajo, ya que quien cultive la ciencia del

<sup>25</sup> Libertad Digital S.A., *Una experta afirma que España es el país de la UE donde más fácil es prostituirse*. (Libertad Digital S.A., 2004 [ubicado el 30.III 2004]).

<sup>26</sup> Cfr. BELLONCH SANZ, "¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne", 69.

<sup>27</sup> Cfr. Exposición de Motivos IV.2 que señala: “La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina”.

<sup>28</sup> Cfr. Por todas: Sentencias TSJ Cataluña de 17 septiembre 2003 (AS2003/3211) y TSJ de Navarra de 15 octubre 2003 (AS 2003/4009).

<sup>29</sup> Cfr. BELLONCH SANZ, "¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne", 69.



Derecho debe procurar que «las palabras y las instituciones tengan un sentido unívoco y constante»<sup>30</sup>.

En el Derecho del Trabajo la defensa de la libertad y la dignidad de la persona que trabaja han sido dos valores constantes, más aún, tipificantes de esta rama del Ordenamiento desde su nacimiento<sup>31</sup>. Pero, además, hoy en día, la dignidad de la persona es el primer fundamento del orden político y de la paz social, de acuerdo al art. 10 de la Constitución Española (CE)<sup>32</sup>, que ya en el primer punto de su Preámbulo declara la voluntad de promover el bien de cuantos integran la Nación española basándose en la justicia y libertad. Asimismo, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (CE, art.10.2).

En consecuencia toda la doctrina jurídico laboral —en concordancia con el resto del ordenamiento— presupone que el trabajo realizado por una persona debe ser conforme con su dignidad personal. Sólo así puede interpretarse el derecho y deber de trabajar contenido en el art. 35 de la CE. Y, de modo análogo, el Estatuto de los Trabajadores (ET) al establecer en el art. 1 su ámbito de aplicación se apoya en las disposiciones de la Constitución y del Código Civil para regular la relación laboral. La CE es fuente de referencia obligada por su jerarquía normativa y el Código Civil, por su función supletoria en los regímenes legales especiales<sup>33</sup>. Consecuentemente, los términos “trabajador” y “trabajo” tienen ínsitos una carga inalienable de dignidad y libertad, que deben ser evaluadas en los casos concretos teniendo en cuenta, no sólo el resto del Ordenamiento, sino la vida misma de las personas ya que *ab integro nascitur ordo* y, en este caso, la justicia en la aplicación del Derecho<sup>34</sup>.

No es suficiente pues el tecnicismo legal que lleva a conclusiones aparentemente correctas, pero que no lo son cuando el punto de partida es erróneo<sup>35</sup>. Más aún “limitar el análisis del Derecho a sus aspectos técnicos, prescindiendo de sus fundamentos ideológicos dificulta, si

<sup>30</sup> MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 101. (El subrayado es mío).

<sup>31</sup> Cfr. por todos Manuel ALONSO OLEA / M<sup>a</sup> Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 20 ed., Madrid, Civitas, 2002, 51.

<sup>32</sup> En el mismo sentido se pronuncia el Tratado de Constitución de la Unión Europea (Parte I, Tít I).

<sup>33</sup> “Conforme al artículo 16 del Código Civil, «en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código». El Código Civil es así supletorio de la legislación sustantiva de trabajo, lo que es especialmente cierto respecto de la básica reguladora del contrato de trabajo.” ALONSO OLEA, *La aplicación del Derecho del trabajo*, 30. En el mismo sentido Cfr. Antonio-Vicente SEMPERE NAVARRO, “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia” en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, ed. Centro de Publicaciones, *Colección Encuentros* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990), 659.

<sup>34</sup> Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 46.

<sup>35</sup> “Partir de conceptos o definiciones erróneos anticipa inevitablemente lo erróneo de las conclusiones; por ello, (...) [es necesario] poner en la elaboración de tales conceptos y definiciones un cuidado máximo, del mismo modo (...) [se deben] examinar con particular atención los casos-límite, supuestos atípicos, «zonas grises» (...) o «zonas de penumbra» (...) en las que se acentúan la insuficiencia definidora del lenguaje y el perfil dudoso de la realidad nombrada”. MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 101.

es que no impide por completo, alcanzar una visión integral del objeto investigado”<sup>36</sup>. Por esta razón iniciaremos el análisis con los aspectos técnicos para finalizar con la valoración ética:

a) La actividad realizada por las camareras de alterne, descrita en el sexto considerando de la Sentencia de la AN, consiste en “la captación de clientes varones, mediante su atractivo [sexual]”. En todas las sentencias en las que se ha reconocido el carácter laboral de esta figura, a la vez, se ha desconocido la relativa a la prostitución, pues se afirma que “el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial”. Y, consecuentemente, establecen el límite jurídico entre el trabajo por cuenta ajena, que sería el primero y el de arrendamiento de servicios, que sería el segundo. Sin embargo, calificar como actividad por cuenta ajena el alterne y como propia, la prostitución resulta forzado y artificial cuando esas actividades son realizadas por las mismas personas y en los mismos locales. Pero no es ésta la única incongruencia ni la esencial: el Derecho Penal para tipificar el delito de prostitución<sup>37</sup> no exige el acceso carnal<sup>38</sup>, por tanto, el “límite fisiológico” al que se refiere el sexto fundamento de la Sentencia de la AN no resulta un índice suficiente para realizar la distinción entre ambas actividades.

b) La protección que el trabajo ha merecido de parte del Ordenamiento hunde sus raíces en su carácter *personalísimo*<sup>39</sup>, en su función dinamizadora de la personalidad humana y de la vida social. El trabajo no se agota en parámetros económicos, al contrario: el mérito del Derecho del trabajo ha sido devolver –y proteger- su dimensión humanizadora. Estas cualidades no se encuentran ni en la actividad del alterne ni en la prostitución porque ambas son actividades remuneradas por “servicios” sexuales de diversa entidad, a cambio de un precio. Por tanto, puede afirmarse que *el alterne es una modalidad de la prostitución*. Y, consecuentemente, no reúne los requisitos indispensables para cumplir con lo dispuesto — por ejemplo— en el art. 4.e) del ET, que ordena respetar la intimidad de los trabajadores y la consideración debida a su dignidad, puesto que lo que hacen esas personas es vender su dignidad y la dignidad no tiene precio: cuando lo tiene deja de ser dignidad.

c) El reconocimiento del estatus laboral y de la consiguiente protección de la Seguridad Social plantea, entre otras cuestiones, el que a futuro el Estado tenga que promover estos

<sup>36</sup> Ibidem., 102.. El autor utiliza el término *ideología en su sentido más amplio*: “al proponernos el estudio de las ideologías presentes en el lenguaje de las leyes laborales no partimos de la noción que restringe lo ideológico entendiéndolo como contrario a la verdad, como falsa conciencia o falsa representación”. Alfredo MONTROYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, 1a ed., Madrid, Civitas, 1992, 20.

<sup>37</sup> El Código penal vigente no define la prostitución, pero sí lo hace la doctrina: “Suele entenderse por prostitución el caso en el que una persona se entrega a cualquiera que lo solicite, por precio. En esta definición se conjugan los dos criterios de la prostitución: La venalidad (hacerlo por precio) y la oferta indiscriminada”. Carlos María LANDECHO VELASCO / Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, 2a ed., II Vols., Vol. I, Madrid, Tecnos, 1996, 128.

<sup>38</sup> Cfr. **Loc. cit.** ; STS (Penal) 11 de abril de 1990 (Colex, 934)

<sup>39</sup> En cuanto que existe una íntima trabazón entre el servicio prestado y la persona del trabajador. Cfr. por todos ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 54.



empleos como hace con los demás, porque de no hacerlo —de ser coherentes con el sistema lógico de la sentencia que venimos comentando— estaría realizando una *práctica discriminatoria*.

d) Por estas razones parece más conforme con la realidad y la justicia, utilizar el término *actividad* —definido por el DRALE como “facultad de obrar”— para referirse al alterne y a la prostitución, ya sea que se realicen autónomamente o en situación de dependencia. De hecho el Tribunal de Justicia Europeo en la Sentencia (2001, 414) así la denomina en la parte considerativa y resolutive<sup>40</sup>. De este modo se conservará el término *trabajo* para aquellas actividades que cumplan con los cánones conformes a la dignidad humana. Un tema distinto es el de las condiciones en que se realizan los trabajos, que no siempre son conformes con la dignidad humana, por eso, lograr para todos un “trabajo decente” debería ser una prioridad mundial.

e) Para los casos en los que se pruebe que dichas actividades fueron realizadas en relación de dependencia, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de quien contrató los servicios no correspondería la protección laboral a las personas que presten servicios en esos locales porque el objeto del contrato es ilícito<sup>41</sup>. Lo contrario implicaría el “grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las (...) afectadas, en concreto, de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede hacerse efectivo si al recurrente, dueño del local se le reconocen las facultades y derechos derivados de la condición de empleador y, con ello, los poderes directivos y organizativos, pues supondría la posibilidad de exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aun en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución”<sup>42</sup>.

Más aún, de acuerdo a las normas del Código Civil los contratos, para su validez, requieren que su objeto no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271). El art. 3.1c) ET exige también que el objeto del contrato de trabajo sea lícito. A mayor abundamiento, el art. 1275 prescribe que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno. La ilicitud —precisa el Código— comprende tanto la ilegalidad como la inmoralidad, es decir, cuando la causa se opone a las leyes o a la moral, respectivamente. En el caso del alterne y la prostitución nos encontramos ante un objeto ilícito con causa también ilícita. En consecuencia, para solucionar los conflictos jurídicos surgidos con motivo del alterne y la prostitución serían de aplicación las normas de los arts. 1305 (cuando el objeto o la causa sean delitos de acuerdo a las disposiciones del Código Penal) y las del 1306 cuando

---

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, afirma: “la actividad de prostitución está incluida en el concepto de actividad económica (Fundamento 55). *La actividad de prostitución ejercida de manera independiente ...* (Fundamento 50)

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997 (AS 1997/340).

<sup>42</sup> Voto particular de la Sentencia del TSJ Andalucía, Sevilla de 4 diciembre de 2003 (AS 2003/3638) que, no obstante, reconoció la relación laboral para los efectos del alta en la Seguridad Social, a fin de “proteger” a esas personas.



no exista delito (en el supuesto de personas adultas que practican estas actividades voluntaria e independientemente). En ambos casos el Ordenamiento civil niega el derecho a repetición o a exigir el cumplimiento de lo ofrecido.

De acuerdo a estas premisas un sector de la doctrina y jurisprudencia penal considera que la prostitución no es un arrendamiento de servicios sino un convenio, acuerdo o pacto innominado y perteneciente al grupo de los *do ut facias* o *facio ut des*, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y principal pero con causa ilícita<sup>43</sup>. No cabe, en consecuencia, aplicar las normas del art. 9 del ET relativas a anulación de contrato de trabajo porque no se trata de un “trabajo” sino de un pacto innominado para realizar una actividad ilícita siendo, por tanto, el contrato radicalmente nulo. En este sentido ha opinado un sector de la doctrina laboral: “Es la finalidad del contrato que se celebra la que determina, en suma, su licitud o ilicitud causal. La prestación de servicios en sí inmorales -enseñanza de prácticas para alterar el orden social, por ejemplo; ejercicio de prostitución en régimen de explotación por cuenta de quien tiene “el negocio” - afectan al objeto y hacen radicalmente nulo el contrato así celebrado. En cambio, la prestación de servicios que en sí no sean inmorales -que tienen un objeto lícito- puede convertirse en prestación con causa ilícita por obra de la finalidad en que revierten; tal, por ejemplo, los servicios de camarero en una casa de tolerancia (ver Sentencia del TCT de 30 de mayo de 1962, que recoge precisamente este caso)”<sup>44</sup>.

Esta forma de resolver los conflictos que puedan surgir entre las personas que realicen la prostitución o el alterne —o lucren en base a ellas— no produce “indefensión” sino más bien, una protección para la sociedad y para esas mismas personas, que encontrarán un sistema jurídico coherente con los objetivos de defensa de la dignidad, la justicia y de desarrollo personal que inspiran la CE. De este modo, se desarrolla una política preventiva eficaz que ayudará a esas mujeres a buscar medios lícitos de vida, es decir, *trabajos* que tendrán la protección de las normas laborales y de Seguridad Social<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, / Luis BENEYTEZ MERINO / Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO / otros, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1a ed., IV Vols., Vol. II, Madrid, Trivium, 1997, 2266-2267.

<sup>44</sup> ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, 8a ed., Barcelona, Ariel, 1982, 351. En el caso del camarero sí sería de aplicación el art. 9.2 ET.

<sup>45</sup> Transcribo a continuación dos acápites del Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades de la Unión Europea presentado el pasado 15 de abril, que insisten en esta responsabilidad de los Estados miembros de la Unión:

“Considerando que la mayor parte de esta industria no beneficia a las mujeres que son “utilizadas” en ella [...]; solicitando que se efectúen estudios en los Estados miembros y a escala de la Unión Europea sobre los “empresarios” y los que obtienen beneficios en esta industria, en su mayor parte ilegal y relacionada con el mundo de la delincuencia. (G)

Considerando que la legitimación de la explotación de la industria del sexo [...] pretende ignorar que este negocio se basa en los abusos sexuales, las violaciones, la privación de libertad, la enfermedad, y la destrucción permanente de millones de mujeres. (H). COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Sobre las repercusiones de la industria del sexo en la Unión Europea {2003/2107(INI)}* Informe Final al Parlamento Europeo A5-0274/2004, [ubicado el 1 de junio de 2004]. Obtenido en <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=->



Es notorio que alrededor de esas actividades se mueve mucho dinero<sup>46</sup> pero la dignidad de la persona humana no tiene precio. Por eso, aunque algunos afirmen que el cambio radical que el capitalismo ha producido en la civilización actual es convertir el dinero en la mercancía universal y en el único valor al mismo tiempo: “nada puede ser más apreciado que por su valor comercial. Al mismo tiempo, todo —sin la menor excepción—, se ha desvalorizado (...) En consecuencia, donde todo tiene un precio, nada puede tener valor. (...). Todo se vende y se compra”<sup>47</sup>. Podemos responder diciendo que “«ninguna realidad física, industrial o económica (...) puede lícitamente sustraer las relaciones de trabajo del imperio de la ley moral» y que «en el mundo de las relaciones laborales no existe ninguna ley (...) que obligue a afirmar que tal o cual situación de injusticia es así porque tiene que ser así»”,<sup>48</sup> ya que en el orden jurídico sólo es inevitable aquello que permitimos que lo sea.

El caso “Mesalina” pone sobre el tapete una cuestión esencial: evitar que se vacíe de contenido el primer artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que proclama: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

Luz Pacheco Zerga

Profesora de la Universidad Sto. Toribio de Mogrovejo y de la Universidad de Piura (Perú)

Pamplona, 3 de noviembre de 2004

---

[//EP//NONSGML+REPORT+A5-2004-0274+0+DOC+PDF+V0//ES&L=ES&LEVEL=2&NAV=S&LSTDOC=YU](http://EP//NONSGML+REPORT+A5-2004-0274+0+DOC+PDF+V0//ES&L=ES&LEVEL=2&NAV=S&LSTDOC=YU)

<sup>46</sup> El informe presentado por la Comisión Especial del Senado para el estudio sobre la realidad y problemática que —en el ámbito jurídico, económico, político y social— plantea el fenómeno de la prostitución indica que la facturación diaria es de 30 millones de euros y que, sólo en anuncios de prensa, la cifra superaría los 2.800.000,00 euros anuales. Cfr. BELLONCH SANZ, “¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de “alterne”,” 62.

<sup>47</sup> Nicolás GRIMALDI, *El trabajo: comunión y excomunicación*, Ed. Ana Corzo Santamaría, 1a ed., Pamplona, EUNSA, 2000, 201-202.

<sup>48</sup> Gáspar BAYÓN CHACÓN, *La defensa jurídica de la paz laboral*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1963, p. 16 citado por MONTOYA MELGAR, *Derecho y trabajo*, 108.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel. *De la servidumbre al contrato de trabajo, Estudios Jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1979.

*Introducción al Derecho del trabajo*. 5a. Ed, Madrid, Civitas, 1994.

*La aplicación del Derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones, 1970.

ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia. *Derecho del Trabajo*. 20 Ed, Madrid, Civitas, 2002.

ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. 8a ed, Barcelona, Ariel, 1982

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique / BENEYTEZ MERINO, Luis / CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido / otros. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. 1a Ed. IV Vols. Vol. II, Madrid, Trivium, S.A., 1997.

BALLESTEROS, Jesús. "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos." *Persona y Derecho. Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (II)*, no. 41 (1999): 15-28.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, Tecnos, 1955.

BELLONCH SANZ, Pablo. "¿Trabajadoras del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne"." *Aranzadi Social*, no. 17 (2004): 62-70.

COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA, UNIÓN EUROPEA. *Sobre las repercusiones de la industria del sexo en la Unión Europea {2003/2107(INI)}* Informe Final al Parlamento Europeo A5-0274/2004, [ubicado el 1 de junio de 2004]. Obtenido en <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2004-0274+0+DOC+PDF+V0//ES&L=ES&LEVEL=2&NAV=S&LSTDOC=YUn>

COTTA, Sergio. "Una presenza antica per un problema attuale" en *Cicerone. Etica e politica. Antologia dal "De Officiis"*, V-XIV. Torino: Paravia, 1972.



d' ORS, Álvaro. *Nueva introducción al estudio del derecho*. 1a ed, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1999.

FINNIS, JOHN. "Derecho, moral y "orientación sexual"." *Persona y Derecho*, no. 41 (1999): 583-620.

GONZÁLEZ, ANA MARTA. "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica" en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, 17-41. Pamplona: EUNSA, 2004.

GRIMALDI, Nicolás. *El trabajo: comunión y excomunicación*. Editado por Ana Corzo Santamaría. 1a ed, Pamplona, EUNSA, 2000.

LANDECHO VELASCO, Carlos María; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho Penal Español*. 2a Ed. II Vols. Vol. I, Madrid, Tecnos, 1996.

LIBERTAD, DIGITAL S.A. *Una experta afirma que España es el país de la UE donde más fácil es prostituirse* Libertad Digital S.A., 2004 [ubicado el 30.III 2004].

LLOMPART, José. "El concepto de persona en el Derecho japonés." *Persona y Derecho Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (I)*, no. 40 (1999): 401-425.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho y trabajo*. 1a ed., Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1997.

*Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. 1a ed, Madrid, Civitas, 1992.

O.I.T. *Clasificaciones de ocupaciones, competencias y formación profesional: ¿paralelismo o convergencia?* Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional (Cinterfor/OIT), 2004 [ubicado

el 19.V 2004]. Obtenido en

<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/vargas/clasific/cap3.htm>.

OLLERO, Andrés. *Democracia y convicciones en una sociedad plural*. 1a ed, Berriozar (Navarra), Navarra Gráfica Ediciones, 2001.

*Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

PORTAL DE LA UNIÓN EUROPEA, *Padres Fundadores Unión Europea*, 2004 [ubicado el 20.V.2004]. Obtenido en [http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/abc/eurojargon/index_es.htm).

SEMPERE NAVARRO, Antonio-Vicente. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia" en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, editado por Centro de Publicaciones, 655-718. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

VV.AA. "La defensa de los indios" en *Historia General de España y América. El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos hasta fines del siglo XV*. Madrid: Rialp, 1991.

