**XI Harvard Course in Law and Economics**

**El ‘cuerpo humano’ como objeto del contrato de trabajo: paradojas del Derecho Laboral español a la luz del *Law & Economics*[[1]](#footnote-1)**

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**

**Profesor Agregado y TU acreditado de Derecho del Trabajo y**

**de la Seguridad Social**

**Universitat Oberta de Catalunya (UOC)**

**1. Soluciones ante Derechos Fundamentales en conflicto: la dogmática jurídica “como una visión más de la catedral”.**

El trabajo es un medio para la realización del ser humano y, sin duda, contribuye a su dignificación. No obstante, determinadas “actividades profesionales” pueden ser calificadas como indignas (por su alta connotación vejatoria) y, por ello, es razonable pensar que la sociedad debe evaluar si deben ser prohibidas o no.

Sin embargo, el Legislador, en algunos casos, ha obviado este juicio, lo que ha derivado en una total inhibición normativa. Esta inexistencia de regulación explícita ha forzado la intervención de los Tribunales, pues, lamentablemente, el conflicto entre el derecho al trabajo (y a la libre elección de oficio) y la dignidad humana está presente en numerosas situaciones.

Probablemente, el ejemplo más ilustrativo de esta situación es la “actividad profesional” de “alterne/prostitución”, aunque no es el único (como expondremos).

La respuesta judicial a estos heterogéneos supuestos de – evidente – vejación humana (pues, el “cuerpo humano” en su concepción más elemental es literalmente objeto de comercio), resulta cuanto menos compleja, dado que destila un grado de tolerancia desigual.

Circunstancia que merece ser analizada.

Tratando de abstenernos de implicaciones morales y éticas, nuestras aspiraciones en este ensayo son ciertamente modestas, pues, no pretendemos aportar “la solución” a este tipo de conflictos. Partiendo de la base que las circunstancias presentes en cada situación son claramente diferentes, nos proponemos evaluar, precisamente, estas particularidades y, a partir de las mismas, llevar a cabo una aproximación crítica que permita delimitar los marcos conceptuales generales o líneas de tendencia sobre los que basculan tales pronunciamientos.

Y, adelantado parte de nuestra valoración final, a pesar de que *a priori* todas estas actividades *parecen ser* socialmente inasumibles, es probable que esta heterogénea respuesta judicial sea una proyección del distinto grado de repugnancia social que cada una de estas actividades suscitan (y, por ende, de su nivel de tolerancia).

No obstante, una aproximación rigurosa a este escenario de conflicto desvela una realidad con múltiples aristas y, sobre todo, heterogéneas perspectivas. Especialmente, porque sería – a nuestro entender – un error asumir que el Derecho, como ciencia, tiene previsto un único discurso para hacer frente a estos problemas. Nada más lejos de la realidad.

El objeto de este breve ensayo consiste precisamente en trata de evidenciar que, en paralelo a la dogmática jurídica – si se nos permite - de raíz “clásica” (o formalismo jurídico), y predominante en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, existen otras corrientes analíticas que tienen un enorme potencial explicativo en el ámbito de los Derechos Fundamentales y un predicamento creciente entre la academia. Nos referimos, concretamente, al *Law & Economics*[[2]](#footnote-2).

Es evidente que desde un punto de vista metodológico, esta aproximación exige un discurso propedéutico previo. No obstante, por razones de espacio no podemos hacer referencia a tales importantes cuestiones, viéndonos forzados, simplemente, a exponer los elementos más significativos para la descripción de nuestra hipótesis de trabajo y posterior exposición. Esperamos que el lector sepa comprender los motivos de estas limitaciones en nuestro discurso, especialmente porque están motivadas única y exclusivamente por la constricción que un trabajo de estas características impone.

**2. El cuerpo humano, contrato de trabajo y principios de integridad e indisponibilidad.**

En la medida que el cuerpo humano constituye el objeto del contrato de trabajo, es lógico (e irremediable) que la dignidad se coloque en el centro del Derecho del Trabajo[[3]](#footnote-3). Si esta rama del ordenamiento emerge con el propósito de garantizar literalmente la supervivencia biológica del trabajador (y de su familia)[[4]](#footnote-4), es claro que existe una intrínseca e inseparable correlación entre el trabajo por cuenta ajena y la dignidad del ser humano[[5]](#footnote-5).

Y, es esta singularísima particularidad del contrato de trabajo la que está en la raíz misma de esta rama del ordenamiento. Desde esta perspectiva no debe sorprender que las primeras medidas legislativas de carácter social fueran dirigidas a la limitación de la jornada de trabajo de mujeres y niños, así como de una protección frente a los accidentes de trabajo para proteger la integridad de los trabajadores. Como apunta SUPIOT (1999, p. 23), sin solución de continuidad desde entonces, los problemas de salud y seguridad han tenido una clara “función de motor”, conformando lo que podría denominarse como “principio de integridad”.

Sin embargo, esta particularidad no sólo ha estado presente en el seno del derecho del trabajo, sino también lo está, y de forma muy particular, en otros ámbitos del derecho, como el mercantil, dado que la libre circulación de mercancías puede verse limitada si afecta a la salud de las personas. O, dicho de otro modo, en esta rama del ordenamiento, estos problemas de seguridad y salud tienen capacidad para constreñir la libertad de comercio, dado que conforman nuclearmente el principio de orden público, dando vida al “principio de indisponibilidad mercantil”.

Desde esta perspectiva (siguiendo a SUPIOT, 1999, p. 23 y 24), el “cuerpo humano” compromete dos tipos de intereses que “no se dejan reducir a un puro análisis contractual”:

En primer lugar, hay un “interés de orden público”, pues, más allá de la persona física singular, el cuerpo humano, en la medida que delimita un “sustrato físico de la nación”, es por excelencia un objeto del que los Estados no pueden desinteresarse, porque de él depende su propia existencia.

En segundo lugar, hay “intereses de orden extrapatrimonial”, pues, en nuestra tradición jurídica, como se ha apuntado, el cuerpo humano ha sido objeto de un tratamiento normativo particular, al quedar fuera del comercio. Es decir, se ha visto afectado por el - citado - “principio de indisponibilidad mercantil”, no pudiendo ser objeto de negocio. Y, como apunta el citado autor (1999, p. 24) es “este principio el que implica la existencia, en el corazón mismo del contrato de trabajo, de un núcleo de derechos no negociables por el que el sujeto (el asalariado) compromete su persona, y no sólo su patrimonio, en la ejecución de este contrato”.

La acción combinada de estos dos intereses provoca que la necesidad de proteger la salud y la seguridad haya impulsado, de un modo constante en la historia reciente, la aparición de desafíos de interés público y de protección de la vida privada que escapan a la lógica contractual. Lo que, a su vez, ha justificado la sumisión del contrato de trabajo a reglas heterónomas y, sobre todo, la imposibilidad de que a través de él se ponga en peligro la integridad física y económica de los trabajadores.

De modo que la necesidad de preservar la seguridad y la salud en esta doble formulación (principios de integridad y de indisponibilidad mercantil), en una de las misiones más claras del Estado de Derecho (SUPIOT, 1999, p. 24 y 25)[[6]](#footnote-6).

Repárese que este enfoque se alinea con el planteamiento conceptual de un sector del *Law & Economics* (corriente normativa) que defiende la existencia de “*inalienability rights*”, como una categoría conceptual referida a derechos que por su naturaleza deben quedar absolutamente excluidos del juego del mercado[[7]](#footnote-7).

Llegados a este estadio, es incontrovertible la sustancial y natural conexión entre estos principios de integridad e indisponibilidad mercantil y la dignidad del ser humano.

La dignidad es un valor jurídico fundamental reconocido en el art. 10.1 CE y constituye una cualidad ínsita a la persona y, por tanto, “corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares” (STC 181/2004). Sin duda, es un “mínimum invulnerable” (STC 120/1990). Sin pretender teorizar sobre la dimensión de la expresión “dignidad de la persona”, pues, excede con mucho del objeto de este breve ensayo, podemos afirmar parafraseando a GOÑI SEIN (2014, p. 90 - que cita a JIMÉNEZ CAMPO) que la dignidad no es un refuerzo retórico que no aporte nada resolutorio, sino que, (siguiendo, de nuevo, con GOÑI SEIN, 2014, p. 92 y 93) debe incardinarse en el concepto del “derecho a un trabajo decente”, en los términos defendidos por la OIT.

La crisis económica y financiera ha arrojado a las listas del paro a un número de desempleados masivo, lo que, en paralelo, ha comportado la erupción de numerosas formas contemporáneas de esclavitud laboral a un espectro de luz hasta la fecha invisible.

No obstante, sin pretender menospreciar el dramatismo de todas y cada una de las personas afectadas por este fenómeno, subsisten “fenómenos espectrales” que, pese a su crueldad, permanecen en una frecuencia invisible. Y, es sobre ellos sobre los que centraremos el objeto de nuestro estudio, especialmente porque – con toda su crudeza - marcan literalmente la línea de frontera y el punto de vulnerabilidad máxima del principio de integridad y, consiguientemente, de intensa debilidad del principio de indisponibilidad mercantil. Lo que, a la luz de lo expuesto, probablemente, tenga un (claro) efecto corrosivo sobre la línea de flotación de nuestro Estado de Derecho.

Concretamente, nos proponemos hacer una breve aproximación a dos supuestos concretos y, en particular, al tratamiento jurisprudencial dispensado por los Tribunales: el lanzamiento (en fiestas o discotecas) de personas de “talla baja” y la actividad “profesional” de “alterne/prostitución”. Especialmente porque, en la medida que la aproximación interpretativa no ha sido homogénea, como hipótesis de trabajo, cabe barajar la posibilidad de que existan fisuras notables en la conceptuación de los principios de integridad e indisponibilidad descritos.

Y, en relación a esta hipótesis de trabajo, como ya se ha avanzado, creemos oportuno emplear la matriz analítica que propone *Law & Economics* (a pesar de que, como método, padezca algunas carencias y debilidades y un sector de la doctrina discuta su “halo de cientificidad”).

No obstante, como es bien sabido, el panorama doctrinal no es homogéneo. Asumiendo el riesgo de estar simplificando el exceso las corrientes de pensamiento existentes (en número y detalle de su exposición), podemos afirmar que para algunos autores (corriente normativa o “Escuela de Yale”) existen situaciones en las que el interés general debe superponerse al individual porque, no sólo están en juego los gustos y preferencias individuales de las partes implicadas, sino que también repercute en la seguridad y el bienestar de toda la colectividad. Así, para esta corriente del *Law & Economics*, la conveniencia de un espacio de intervención heterónoma, en perjuicio de uno marcado por el mercado (o estrictamente individual), se hace patente en ciertos supuestos porque, “con independencia del coste, existen cosas que repugnan a la sociedad. (...) En la naturaleza misma de los imperativos morales admitidos por la sociedad está implícita, obviamente la necesidad de situarse fuera el alcance de los gustos y juicios individuales. De ahí resulta que, cada vez que está involucrado un elemento de tipo moral, debe realizarse un juicio colectivo”[[8]](#footnote-8).

No obstante, frente a esta corriente minoritaria, un importante sector de la doctrina (corriente positiva o “Escuela de Chicago”), partiendo de la filosofía moral utilitarista (BENTHAM[[9]](#footnote-9)) y del sistema de mercado, y por lo tanto, reduciendo la acción del hombre a un motivo exclusivamente económico, entiende que la eficiencia no sólo constituye el *único* valor social, sino que, incluso, es asumida como sinónimo de justicia[[10]](#footnote-10).

Así, como derivación de esta aseveración, para SCHOTTER (1987, p. 140), desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión de moralidad carece de sentido. De hecho, si se acepta la tesis de la doctrina ético-política dominante que entiende que la moral es un conjunto de restricciones de los intereses individuales, desde la perspectiva de la antropología racionalista del hombre económico, la moral carece de sentido. Es decir, en un mercado ideal no existe espacio para la moral. Si el egoísmo individual guiado por la mano invisible conduce a un resultado óptimo (eficiente), cualquier restricción de los intereses egoístas conduce a un resultado subóptimo, esto es, una irracionalidad. Caben entonces dos opciones, o bien, entender que se produce una identificación (confusión) entre la racionalidad y la moralidad; o bien, se está describiendo un espacio libre donde no tiene juego la moral, porque supone una restricción a la eficiencia[[11]](#footnote-11).

En definitiva, – pecando, quizás, de una simplificación excesiva - para esta corriente de pensamiento, lo racional es que, con independencia de la repugnancia social que determinadas conductas o actividades puedan suscitar, debe ser el “mercado” (la suma de las decisiones individuales de los sujetos) el que autónomamente fije la intensidad con la que deben producirse.

Repárese, pues, que a partir de este enfoque sería admisible (o, incluso, exigible) una devaluación total de los principios de integridad e indisponibilidad en los términos que hemos expuesto. Y los trabajos de BECKER o POSNER (entre otros) al respecto son suficientemente ilustrativos[[12]](#footnote-12).

Es evidente que el planteamiento que propone la “Escuela de Chicago” (en los términos descritos) es radicalmente opuesto a la génesis y conceptuación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como rama del ordenamiento jurídico. Motivo por el que un amplio sector de la doctrina laboral lo rechaza frontalmente.

Hecha esta aproximación conceptual, veamos, a continuación, los dos supuestos anunciados.

**3. “Manuel Wackenheim v. France”: un ejemplo de preeminencia de los principios de integridad e indisponibilidad**

A partir de la exposición de los hechos tal y como son recogidos en la Comunicación No. 854/1999[[13]](#footnote-13), del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso, “*Manuel Wackenheim v. France*”, el Sr. Wackenheim, aquejado (según la literalidad de la resolución) de “enanismo”, actuaba desde julio de 1991 en los espectáculos denominados “lanzamiento de enanos” presentados por la sociedad “Fun-Productions”. Con las debidas protecciones, era lanzado a corta distancia sobre un colchón neumático por ciertos clientes del establecimiento en el que se organizaba el espectáculo (discotecas).

Actividad que tras ser prohibida por las autoridades locales, recibió el respaldo judicial por parte del Consejo de Estado, el 27 de octubre de 1995, “aduciendo que, por un lado, el ‘lanzamiento de enanos’ es una atracción que representa un atentado contra la dignidad de la persona humana, cuyo respeto es uno de los elementos del orden público, del que es garante la autoridad con facultades de policía municipal y, por otro lado, el respeto del principio de la libertad de trabajo y de comercio no es obstáculo para que esa autoridad prohíba una actividad que, aunque lícita, pueda perturbar el orden público”. Desde entonces, la sociedad Fun-Productions decidió abandonar ese tipo de actividad. A pesar de su deseo de continuarla, el Sr. Wackenheim se quedó desde entonces sin empleo por falta de organizador de dichos “espectáculos”.

En contra de la decisión del Consejo de Estado, el Sr. Wackenheim sostiene[[14]](#footnote-14) que la prohibición de ejercer su trabajo ha tenido consecuencias negativas para su vida y representa un atentado contra su dignidad. Se declara víctima de una violación por parte de Francia de su derecho a la libertad, al trabajo, al respeto de la vida privada y a un nivel de vida suficiente, así como de discriminación. Por un lado, precisa que en Francia no hay empleo para los “enanos” y, por otro, que su trabajo no constituye un atentado a la dignidad humana, pues la dignidad es tener empleo.

Frente a estas alegaciones, el Estado francés construye un discurso expositivo que -sintéticamente - podría subsumirse en el ámbito conceptual delimitado por los principios de dignidad e indisponibilidad expuestos con anterioridad: en concreto, sostiene que el derecho que pretende hacer valer Sr. Wackenheim - y que le permitiría ser ‘lanzado’ públicamente y a título profesional - no corresponde a la esfera de su vida privada y familiar. Francia aduce que, en la medida que la práctica de lanzar “enanos” es una práctica pública y constituye para el Sr. Wackenheim una verdadera actividad profesional, no puede protegerse en base a consideraciones relacionadas con el respeto debido a la vida privada. En cambio, entiende que corresponde más bien a la libertad de trabajo o a la libertad de comercio e industria. Y, aunque se llegara a admitir, la limitación seguiría siendo imponible en base a consideraciones superiores relacionadas con el debido respeto a la dignidad de la persona.

Tampoco acepta que pueda apreciarse la existencia de una conducta discriminatoria, en la medida que la prohibición sólo le aplique a las personas aquejadas por esta patología, pues, son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida (pues, la indignidad de esta actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas). Tampoco existe una voluntad deliberada de limitar sin justificación la libertad de trabajo y la libertad de comercio e industria invocando el respeto debido a la persona. La actuación del Estado, dentro del ámbito de la policía administrativa, pretende conciliar el ejercicio de las libertades económicas con el deseo de hacer respetar el orden público, uno de cuyos elementos es la moral pública. De hecho, “sería inquietante que el principio fundamental del respeto debido a la persona humana fuera inferior a consideraciones materiales propias del demandante - por lo demás poco extendidas - con el consiguiente daño para el conjunto de la comunidad a la que pertenece”.

En definitiva, el Comité de Derechos Humanos, siguiendo el discurso expositivo defendido por Francia, aboga por una concepción fuerte de los principios de integridad e indisponibilidad y, resuelve que Francia “ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana”[[15]](#footnote-15).

Aunque no hemos sido capaces de hallar un caso similar al descrito en nuestro ordenamiento, es probable que nuestros tribunales hubieran reaccionado de un modo similar.

De hecho, la STC 208/2013, en un caso que – salvando las distancias - presenta ciertos paralelismos conceptuales con el expuesto, declara que se ha vulnerado el derecho al honor, a la propia imagen y el derecho a la dignidad de una persona con un 66% de discapacidad física y psíquica, que fue entrevistado en un programa de televisión, utilizando su situación de vulnerabilidad “con la clara y censurable intención de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas”. En este supuesto, declara el TC, “no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento” (constancia que no queda probada en el caso).

**4. La “actividad de alterne”: un ejemplo de devaluación de los principios de integridad e indisponibilidad**

El Código Penal, siguiendo la exposición de la SAN 23 de diciembre 2003[[16]](#footnote-16), “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 limitada —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 libertad, pero no el ejercicio de ésta”.

No obstante, dicho esto, sorprende la total inhibición normativa al respecto[[17]](#footnote-17).

Este escenario ha llevado a los Tribunales laborales a tener que lidiar con la cuestión relativa a si prostitución es una “actividad” subsumible en la categoría del trabajo por cuenta ajena o no. En este sentido, si bien se ha mantenido un criterio negativo mayoritario al respecto[[18]](#footnote-18), la “fórmula” de la actividad de “alterne” (por cuenta ajena o propia) ha contribuido a dar cierta cobertura a las mujeres implicadas[[19]](#footnote-19). Lo que se ha erigido en una “sutil” vía de escape del problema de fondo.

Aunque se han hecho esfuerzos para extender la ilicitud de la prostitución a la actividad de alterne, especialmente, en aquellos supuestos en los que se ejercen en el mismo local[[20]](#footnote-20), los Tribunales abogan mayoritariamente por defender la inexistencia de una unidad de contrato. Si bien es cierto que de este modo consiguen no adentrarse en el alambicado papel de convertirse en Legisladores (pues, no les corresponde), en paralelo, es claro que con esta doctrina la prostitución (acompañada o no de una previa actividad de alterne) sigue permaneciendo en “tierra de nadie”.

Lo que, en conjunto, arroja un resultado, a todas luces, insuficiente, atendiendo a la magnitud del fenómeno y su singular complejidad.

Sin embargo, si bien es cierto que la prostitución libremente consentida no es un ilícito penal y, a su vez, en ningún caso podría incardinarse en una relación por cuenta ajena (por tratarse de un objeto contractual ilícito en términos laborales), esto no significa que, desde la perspectiva de la dogmática jurídica (y atendiendo al marco normativo vigente), cuando se produce “por cuenta propia” también podría ser declarada como un ilícito civil/mercantil, pues, sería posible defender que se trata de una transacción cuyo objeto se halla fuera del comercio[[21]](#footnote-21).

En todo caso, a partir de todo lo expuesto, podemos tratar de sintetizar el conflicto a través de la siguiente matriz conceptual:

1. La prostitución libremente consentida y ejercida no puede ser declarada penalmente ilícita.

2. El “alterne” por cuenta ajena (y por cuenta propia también) ha quedado jurisdiccionalmente “legalizado” (pudiéndose constituir una relación contractual al amparo de la legislación laboral).

3. La jurisdicción social (mayoritariamente) ha estimado que no existe una unidad de contrato entre el “alterne” y la “prostitución”. Circunstancia que evita que “ésta” arrastre a “aquélla” hacía la ilegalidad (pues, de otro modo se tendría que declarar la invalidez del contrato por ilicitud de una parte sustancial del objeto); y, en consecuencia, desampare de toda protección laboral a las mujeres.

No obstante, a pesar de las buenas intenciones de los Tribunales laborales, el universo que describen estos vectores arroja (paradójicamente) efectos claramente contraproducentes, pues, es (muy) probable que, en la realidad, se den situaciones de “prostitución” por cuenta ajena (y, por tanto, ilícitas) encubiertas en una actividad de alterne por cuenta ajena. En paralelo, es probable que para dar realismo a esta ficción jurídica se tienda a presentar a la prostitución como una actividad libremente escogida y ejercida por cuenta propia (cuando en realidad es probable que en muchas ocasiones nos encontremos ante situaciones no consentidas y, por ende, de verdadera explotación humana). O, dicho de otro modo, tras la “cortina” del alterne por cuenta ajena, social y judicialmente admitida y consentida, se producen situaciones de vejación difícilmente tolerables.

De hecho, para evitar este efecto indeseable (derivado principalmente de la ausencia de regulación legal de la prostitución y de la “laboralización” del alterne), siguiendo el planteamiento del Voto Particular de la STSJ Andalucía\Sevilla 4 de diciembre 2003[[22]](#footnote-22), la dogmática jurídica dispondría de elementos para declarar la ilicitud del contrato sin desproteger a las trabajadoras: “existe un objeto ilícito, lo que determinaría la ineficacia o nulidad del contrato. Tal ilicitud deriva del grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras 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, se trata de que calquemos con cánones éticos la actividad, así no decimos que sea inmoral o contraria a las buenas costumbres, sino de ilicitud, por contraria a la ley, de la actividad empresarial que facilita el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que ésta sea forzada y no libre”.

En todo caso, y en otro orden de consideraciones, repárese que la línea interpretativa dominante nos descubre una dimensión, si se nos permite, trágica, pues, la ausencia de un régimen normativo que regule la prostitución “por cuenta ajena” ha descrito un modelo en el que es el “mercado” (en su conceptuación literal) el que determina “libremente” la oferta y la demanda de este “servicio”. Lo que puede traducirse en la existencia de situaciones de severa explotación humana (difícilmente asumibles en un Estado de Derecho).

De modo que, a pesar del “reproche” que en un primer nivel de análisis pudiera suscitar en el Derecho del Trabajo el enfoque positivista del *Law & Economics* (negando la existencia de la moral o la ética o identificándolas con la eficiencia), repárese que *de facto*, a consecuencia de la inhibición normativa, se está asumiendo un planteamiento que se alinea totalmente con sus postulados. En efecto, el sistema jurídico ha propiciado una esfera en la que, con independencia de la repugnancia (real o no) que suscite la prostitución en la sociedad, los principios de dignidad e indisponibilidad descritos están absolutamente desprovistos de eficacia (o notablemente devaluados).

En paralelo, aparentemente este marco también pone de manifiesto que la sociedad (por lo menos, de un modo implícito) está de acuerdo que la única medida de protección que debemos (o estamos dispuestos a) dispensar en estas situaciones es la que, eventualmente, ofrece la “mano invisible” del mercado (de otro modo, estaría presionando al Legislador para su intervención normativa).

Se produce de este modo una dicotomía difícil de digerir en términos conceptuales y de nuestro Estado de Derecho, pues, o bien, asumimos que en este ámbito no hay margen para el juego de la ética o la moral, o bien, debemos aceptar que éstas se alinean totalmente con la eficiencia.

Es claro que, como expone, la Comunicación No. 854/1999 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso del Sr. Wackenheim, “el mero hecho de que puedan existir otras actividades susceptibles de ser prohibidas no basta por sí mismo para conferir carácter discriminatorio a la prohibición del lanzamiento de enanos”. Y, llegados a este extremo, entonces, cabe preguntarse los motivos por los que la respuesta del sistema jurídico no es homogénea (igual de enérgica) en el caso del “alterne-prostitución”.

Y, quizás, siguiendo el planteamiento de ROTH (2009), el nivel de “repugnancia” que suscita el “alterne/prostitución” es sustancialmente menor al que preconizamos socialmente. De modo que a diferencia de otros supuestos (como el lanzamiento de personas de “talla baja”), el disgusto por este tipo de “transacciones” no se erige en una limitación real insuperable, que no tenga en cuenta la existencia de proveedores dispuestos y demandantes y de los beneficios que pueda comportar este tipo de “comercio”.

La singularidad de la prostitución en nuestro país es que pese a que, aparentemente, suscita un nivel de desaprobación social muy elevado, se trata de una transacción (*de facto*) “plenamente aceptada” (basta constatar el reciente impacto que su cuantificación ha tenido en el PIB), evidenciando que el nivel de repugnancia es (en términos reales) mucho menor. O, dicho de otro modo, la aversión no es lo suficiente alta como para constreñirla significativamente (o, al menos, al nivel que la sociedad “parece” estar exigiendo). Lo que, probablemente, significa que se trata de una actividad que socialmente (por los motivos que sean) no queda “tan fuera del comercio”.

**5. Valoración final: nuestro nivel de “repugnancia social” en entredicho**

La aceptación de las reglas que se derivan de la dogmática jurídica desemboca en la necesidad de aceptar ciertas consecuencias jurídicas aparentemente ineludibles: la necesidad de preservar el principio de integridad de los ciudadanos de un Estado de Derecho y el consiguiente principio de indisponibilidad de derechos (limitando las transacciones que pueden ser objeto de comercio) debería conllevar la automática declaración de ilicitud de determinadas transacciones, con independencia de la existencia o no de un mercado plagado de demandantes y ofertantes de un determinado servicio o prestación (como en el caso del Sr. Wackenheim).

No obstante, es claro que ni el Derecho tiene por sí mismo la fortaleza suficiente como para torcer la voluntad social de los ciudadanos (la obediencia no está garantizada por el mero hecho de la edición de una norma – CALSAMIGLIA, 1988, p. 329), ni tampoco el ímpetu social y político que lo inspira tiene la misma intensidad. Esta realidad (sin duda, compleja) describe situaciones *de facto* “paralegales” y, por ende, niveles de repugnancia social (declarada o no) no homogéneos. Circunstancias perfectamente visibles en los supuestos de las actividades de “alterne-prostitución”. Lo que tiene un efecto paradójico, pues, la ausencia de regulación somete a sus “participantes” a las “caprichosas” (y salvajes) reglas del mercado (evidenciando una dicotomía difícil de digerir en términos conceptuales y de nuestro Estado de Derecho, pues, o bien, asumimos que en este ámbito no hay margen para el juego de la ética o la moral, o bien, debemos aceptar que éstas se alinean totalmente con la eficiencia – y la corriente más liberal del *Law & Economics*); y, a su vez, ponen de manifiesto que nuestra concepción de los principios de integridad e indisponibilidad están notablemente devaluados, pues, nuestro nivel de repugnancia social es mucho menor del que preconizamos.

**6. Bibliografía citada**

* G. Becker (1980). «El enfoque económico del comportamiento humano». *Información Comercial Española.*
* J. M. Buchanan (1987). «La constitución de la política económica». *Papeles de Economía Española*, núm. 30/31.
* P. Benlloch Sanz (2008). «La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto». *Aranzadi Social*, núm. 7, versión digital (BIB\2008\1321).
* G. Calabresi (1984). *El coste de los accidentes*. Ariel, Madrid.
* G. Calabresi y A. D. Melamed (1972). «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review*, Vol. 85.
* A. Calsamiglia (1987). «Eficiencia y derecho». *DOXA*, núm. 4.
* A. Calsamiglia (1988). «Justicia, eficiencia y derecho». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1.
* A. Calsamiglia (1993). *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Fontamara, México.
* M. A. Casas Baamonde (2004). «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe». *Relaciones laborales*, núm. 12.
* M. T. Conde Pumpido-Tourón (2009). «¿Es conveniente la regulación del ejercicio de la prostitución? ». En J. Agustí Julià y N. Pumar Beltrán (Coord.), *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*. Editorial Bomarzo, Albacete.
* L. Edlund y E. Korn (2002).«A Theory of Prostitution». *Journal of Political Economy.*
* C. Gala Durán (2008). *Una aproximación, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la regulación de la prostitución*. [www.pensamientocrítico.org](http://www.pensamientocrítico.org) (última consulta: 02/04/2014).
* J. L. Goñi Sein (2014). *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo individual: ¿necesidad de una reformulación?* Ponencia al XXIV Congreso Nacional de la AEDTSS.

[http://aedtss.com/images/stories/documentos/XXIII\_Congreso\_Nacional/01\_Jose\_Luis\_Goñi.pdf](http://aedtss.com/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/01_Jose_Luis_Go%C3%B1i.pdf) (última consulta: 01/04/2014).

* M. A. Martínez-Echevarría y Ortega (1991). *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*. Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras. Barcelona.
* A. Montoya Megar (2006). «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales». *Aranzadi Social*, núm. 3, versión digital (BIB 2006\636).
* C. Paz-Ares (1981). «La economía política como jurisprudencia racional». *Anuario de Derecho Civil.*
* R. A. Posner (1992). *Sex and Reason*. Harvard University Press, Cambridge.
* R. A. Posner (1998). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México.
* R. Posner y K. B. Silbaugh (1996). *A Guide to America’s Sex Laws*. University of Chicago Press, Chicago.
* G. Poyatos Matas (2009). «La prostitución como trabajo autónomo». En J. Agustí Julià y N. Pumar Beltrán (Coord.), *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*. Editorial Bomarzo, Albacete.
* A. Roemer (2013). *Economía del Crimen*. Noriega Editores, México.
* A. Schooter(1987). *La economía de libre mercado*. Ariel, Barcelona.
* A. E. Roth (2007). «Repugnance as a Constraint on Markets». *Journal of Economic Perspectives*, American Economic Association, vol. 21(3). (última consulta: 10/03/14).
* A. Supiot (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. MTAS, Madrid.
* A. Supiot (1999). «Informe francés». En A. Marzal Fuentes (Ed.), *Protección de la salud y Derecho social*. JM Bosch Editor – ESADE, Barcelona.
* B. Schäfer y C. Ott (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Tecnos, Madrid.
* P. Schwartz y A. Carbajo (1981). «Teoría económica de los derechos de propiedad». *Hacienda Pública Española*, núm. 68.
* J. Torres López (1987). *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Tecnos, Madrid.
1. Una versión del presente trabajo se presentó en forma de Comunicación al *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, organizado por la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 mayo 2014, con el título “El ‘cuerpo humano’ como objeto del contrato de trabajo: ¿La dignificación del ser humano a través del trabajo o indignidad repugnante?”. El texto de la Comunicación original ha sido publicado en las Actas del citado Congreso: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Cinca, Madrid. ISBN 978-84-15305-68-2 (cd-Rom). [↑](#footnote-ref-1)
2. Llegados a este punto, permítannos constatar que el título de este epígrafe “juega” con el de un hito científico de la corriente normativa del *Law & Economics* (*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral* - CALABRESI y MELAMED, 1972). [↑](#footnote-ref-2)
3. OJEDA AVILÉS e IGARTÚA MIRÓ (2008), p. 147. [↑](#footnote-ref-3)
4. SUPIOT (1997, p. 96): “No basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos”. [↑](#footnote-ref-4)
5. CASAS BAAMONDE, (2004), p. 25: “la prestación de trabajo no absorbe la personalidad del trabajador, ni su vida, no ya privada sino personal; es solo una parte de su libertad que en modo alguno puede menoscabar la dignidad y el desarrollo de su personalidad”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Como apunta el citado autor (SUPIOT, 1999, p. 25 y 26), el principio de la integridad física se expresa de dos maneras diferentes en el derecho del trabajo: sujeción de los asalariados al poder del empresario impone a éste la obligación de velar por la salud y la seguridad de aquéllos; y derecho del asalariado a sustraerse a ese poder desde el momento en que su salud y su seguridad entran en juego. [↑](#footnote-ref-6)
7. CALABRESI y MELAMED (1972). [↑](#footnote-ref-7)
8. CALABRESI (1984, p. 111). [↑](#footnote-ref-8)
9. Recuérdese, basada sintéticamente en el cálculo hedonista del placer y el dolor. *Vid.* al respecto, BECKER (1980, p. 14). Las concepciones liberales son fundamentalmente individualistas y, como se sabe, afirman que el bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus individuos (hipótesis del comportamiento racionalmente egoísta – individualismo metodológico). El modelo (resumidamente) se basa en las siguientes proposiciones: en primer lugar, los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar; y, en segundo lugar, se “excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica”, por lo que las decisiones individuales no se toman en función de la situación de los demás sujetos. TORRES LÓPEZ (1987, p. 30). *Vid.* también, BUCHANAN (1987, p. 527 y ss.); y CALSAMIGLIA (1987, p. 269). Los hombres tratan de incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal, sabiendo con claridad lo que para ellos es útil o inútil. Propósito que tratan de alcanzar de un modo racional. En este planteamiento, la racionalidad sólo puede entenderse en términos de *objetivos* y *metas*. Así pues, “presupone objetivos de prosperidad que no tienen por qué ser egoístas ni fundarse en intereses personales. Para alcanzar estas metas existen medios (...) de los que se dispone en escala limitada”. A partir de esta base, “lo *racional* supone el empleo de medios en una cantidad determinada con que se maximiza el grado de consecución de los objetivos o con la que se obtiene una determinada proporción de éstos con una cantidad mínima de medios. De esta forma se consigue la mejor relación posible entre medios y objetivos, y los medios son óptima y eficientemente colocados, y su empleo corresponde al principio de rentabilidad”. SCHÄFER y OTT (1991, p. 60 y 61). En definitiva, “persiguiendo el derecho el bien público (...) deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social (...) no es más que la suma aritmética de los intereses individuales”. PAZ-ARES (1981, p. 627). [↑](#footnote-ref-9)
10. POSNER (1998). Enfoque que parte de la base de que las normas jurídicas responden a una lógica económica y que su fin consiste en el fomento de la eficiencia. *Vid.* SCHWARTZ y CARBAJO (1981, p. 229). [↑](#footnote-ref-10)
11. CALSAMIGLIA (1993, p. 13 y 14). [↑](#footnote-ref-11)
12. BECKER (1972); POSNER (1992); POSNER y SILBAUGH (1996); y EDLUND y KORN (2002). *Vid.* también ROEMER (2013), p. 339 a 349. [↑](#footnote-ref-12)
13. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/854-1999.html> (última consulta: 10/03/14). [↑](#footnote-ref-13)
14. Invocando el párrafo 1 del artículo 2; el párrafo 2 del artículo 5 (1); el párrafo 1 del artículo 9; el artículo 16 (2); el párrafo 1 del artículo 17; y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [↑](#footnote-ref-14)
15. No obstante, repárese que la cuestión no es pacífica, pues, ilustres economistas (como el Premio Nobel ROTH, 2007, p. 7) han defendido la inidoneidad de las prohibiciones sobre esta actividad – “*Dwarf tossing*”. Haciéndose eco, por otra parte, de una normativa canadiense que efectivamente la prohíbe:

“*Ontario Dwarf Tossing Ban Act*” (2003),

<http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=1128> (última consulta: 10/03/14) [↑](#footnote-ref-15)
16. AS 3692. [↑](#footnote-ref-16)
17. Como denuncia la SAN 23 de diciembre 2003 (AS 3692): “Sólo desde la perspectiva del Estado social de Derecho podemos identificar una falta de previsión legislativa, una carencia de sensibilidad normativa en orden a acometer y cercenar los múltiples problemas que desde ámbitos tan diferentes como la marginación, las relaciones de vecindad y urbanidad la sanidad o la economía sumergida, plantea la realidad social de la prostitución”.

Y, en este sentido, también resulta muy interesante la STSJ Galicia 7 de mayo 2004 (AS 1276) cuando afirma que “ un estado social y democrático de derecho como el nuestro debe reaccionar inmediatamente frente a estas situaciones, pero no desde la facilidad de dejar que sea la jurisprudencia la que declare la existencia de una relación laboral cuando el objeto es ilícito y por tanto el contrato nulo; la reacción debe iniciarse desde políticas sociales activas, educacionales y formativas, y de persecución penal de estas actividades, pero no imponiendo el barniz de una relación laboral ficticia, para así conseguir cobertura laboral y desde la Seguridad Social, cuando a ésta debe llegarse desde otros caminos, ofreciendo una adecuada protección prestacional a las inmigrantes que se encuentran en tal situación”.

*Vid.* al respecto en la doctrina, entre otros, BENLLOCH SANZ (2006); CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2009); POYATOS MATAS (2009); y GALA DURÁN (2008). [↑](#footnote-ref-17)
18. Aunque, como se sabe, la SAN 23 de diciembre 2003 (AS 3692) reconoce la licitud de la prostitución ejercida por cuenta propia. No obstante, la STS 27 de noviembre 2004 (RJ 8063), si bien confirma el criterio de la AN, al considerar que la Asociación Patronal “Mesalina” tenía una finalidad laboral lícita a los efectos de inscripción en el Registro del MTAS, obvia cualquier valoración en los términos expuestos. [↑](#footnote-ref-18)
19. Como expone MONTOYA MELGAR (2006, versión digital): esta doctrina viene a poner de manifiesto que “aplicando la sanción de nulidad o apreciando incluso la inexistencia de las aludidas relaciones jurídicas, se produciría una injusta desprotección del «trabajador», con el consiguiente beneficio para el «patrono», que quedaría exento de obligaciones y responsabilidades laborales”. En este sentido, entre otras, SSTS 4 de febrero 1988 (RJ 5948); 21 de octubre 1987 (RJ 7172); 13 de marzo 1997 (RJ 2461); 15 de junio y 20 de octubre 1998 (RJ 5262 y 9296); 25 de enero 2000 (RJ 1312); 27 de noviembre de 2004 (RJ 8063); y 17 de noviembre 2004 (RJ 2005\858); y SSTSJ Cataluña 15 mayo 2009 (AS 2506); 2 de octubre 2008 (AS 2392); 27 de febrero 2009 (AS y 14 de octubre 2010 (AS 490); Asturias 13 de octubre 2010 (AS 2368); Castilla y León\Valladolid 21 de septiembre 2011 (JUR 351118); Navarra 15 de octubre 2003 (AS 4009); y 28 de mayo 2004 (AS 2096); Murcia 29 de octubre 2007 (AS 673); Castilla-La Mancha 8 de marzo 2011 (AS 1513). [↑](#footnote-ref-19)
20. Voto Particular de la STSJ Cataluña 15 mayo 2009 (AS 2506). [↑](#footnote-ref-20)
21. Defendiendo lo contrario SAN 23 de diciembre 2003 (AS 3692). [↑](#footnote-ref-21)
22. AS 3638. [↑](#footnote-ref-22)