

**GARANTÍAS LABORALES QUE BRINDA EL ESTADO COLOMBIANO A LAS
TRABAJADORAS SEXUALES** 1

**GARANTIAS LABORALES QUE BRINDA EL ESTADO COLOMBIANO A LAS
TRABAJADORAS SEXUALES**

Presentado por:

Erika Zarate Molinares

Miguel Hereira Acuña



UNIVERSIDAD DE LA COSTA
DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BARRANQUILLA
2018

**GARANTIAS LABORALES QUE BRINDA EL ESTADO COLOMBIANO A LAS
TRABAJADORAS SEXUALES**

Presentado por:

Erika Zarate Molinares

Miguel Hereira Acuña

Tutor y Cotutor:

Darwin Solano

Ligia Romero

Trabajo de grado para optar al título de:

Abogado



UNIVERSIDAD DE LA COSTA

DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BARRANQUILLA

2018

Nota de Aceptación

Agradecimientos

A Dios porque sin el nada es posible, y el resultado de este proyecto de grado es ejemplo de su infinito amor para con nosotros, por fortalecer nuestro corazón e iluminar nuestra mente, y por haber puesto en nuestro camino aquellas personas que han sido nuestro soporte y compañía en la realización de este trabajo, al Dr. Darwin Solano y la Dra. Ligia Romero por todo su apoyo, el tiempo compartido y por impulsar el desarrollo de nuestra formación profesional. A la Dra. Judith Hernández que con su gran apoyo siempre tenía las palabras indicadas que nos motivaban a seguir adelante, a nuestras dos amigas incondicionales Luisa de la Hoz y Sonia Rueda, por su amor, su paciencia y compañía en todo este proceso. Gracias a todos por su incondicional apoyo y lograr hoy que este sueño se haga realidad.

Dedicatoria

Después de un largo camino lleno de esfuerzos y sacrificios, hoy lleno de orgullo y satisfacción dedico el resultado de este trabajo de grado a mis dos hijos: LIYEN DANIELA Y HANSEL MIGUEL HEREIRA por ser mi fuente de motivación e inspiración para superarme cada día más, y brindarles un futuro mejor. A mi madre por motivarme siempre a salir adelante, llenándome de su amor y su incondicional apoyo, y con la mirada hacia el cielo a mi padre (QPD) con la certeza de que su corazón se enorgullece de ver el resultado en mí de su ejemplo y dedicación. A esa mujer hermosa que con su amor, comprensión y paciencia tomo mi mano para que juntos recorriéramos este camino, a mis hermanos que siempre tenían las palabras indicadas para no dejarme decaer y siempre fuera persistente con mis sueños.

MIGUEL JOSE HEREIRA ACUÑA.

Con el corazón lleno de emoción me enorgullece dedicarle este trabajo de grado a mis 2 Hijos: EVA MARIA Y HENRY MANOSALVA ZARATE, demostrarles que con esfuerzo y dedicación todos los sueños se pueden lograr, A mis padres que son la base fundamental en mi vida y por quienes hoy puedo culminar satisfactoriamente este proceso. A mis sobrinos, mis hermanos por su amor, tiempo y comprensión en cada sacrificio que juntos hacemos, y a cada ángel que Dios puso en mi camino para que lograra cumplir este sueño.

ERIKA ISABEL ZARATE MOLINARES.

Resumen

Al referirnos a este tema tan antiguo, y controversial, que a la vez trae consigo implicaciones jurídicas y sociales es preciso tener en cuenta que en el trabajo sexual, se asumen constantes riesgos además es considerado como un oficio discriminado por su contenido sexual y se ha descrito desde diversos discursos científicos y jurídicos, que han instituido una distorsión de las contingencias que allí se corren, legitimando la estigmatización de quienes se dedican a este trabajo. Por lo anterior, se requiere de políticas integrales encaminadas a prevenir, tratar, atender y apoyar el problema de las ITS y el VIH, asumiendo una visión integral en la que prevalezcan los derechos humanos como principio. Es por esto, que las implicaciones del trabajo sexual en el plano legal han tenido históricamente entre sus contradictores y seguidores debates representados en diversas corrientes jurídicas; tema que no resulta fácil de abordar teniendo en cuenta sus aproximaciones al plano de la moral, sumado a los borrosos límites con la ilegalidad. El Estado como institución tiene un rol determinante en las implicaciones que se ponen sobre la mesa al tratar el fenómeno social de la prostitución no solo en un contexto nacional, sino en un momento donde las leyes evolucionan de acuerdo con un panorama internacional planteando no pocos dilemas frente al fenómeno que se desborda de los límites territoriales, siendo el caso de la sentencia T-629 de 2010 que abre la discusión en Colombia respecto al reconocimiento de la actividad de la prostitución como trabajo y sus implicaciones en las dimensiones económica y social.

Palabras claves: Garantías, jurídico, Sociales Derechos, Estado, Trabajadoras Sexuales.

Abstract

When referring to this very old and controversial topic, which at the same time brings with it legal and social implications, it is necessary to take into account that in sex work, constant risks are assumed, it is also considered as a crime discriminated by its sexual content and that since there was a jurisdiction of the contingencies that run there, legitimizing the stigmatization of those who are dedicated to this work. Therefore, comprehensive policies aimed at preventing, treating, attending and supporting the problem of STIs and HIV are required, assuming a comprehensive vision in which human rights prevail as a principle.

It is for this reason that the implications of sex work in the legal sphere have historically been among its contradictions and followers debates represented in different legal currents; subject that is not easy taking into account his approaches to the plane of morality, added to the blurred limits with illegality.

The state as an institution has a determining role in the implications that are put on the table when dealing with the social phenomenon of prostitution not only in a national context, but at a time when the laws evolve in accordance with an international panorama posing not a few dilemmas Faced with the phenomenon that overflows the territorial limits, T-629 of 2010, which opens the discussion in Colombia, to the recognition of the activity of prostitution as work and its implications in the economic and social dimensions.

Keywords: Guarantees, legal, Social Rights, State, Sex Workers.

Contenido

1. Planteamiento del problema	11
1.1 Pregunta Problema	12
2. Justificación	13
3. Objetivos	16
3.1 Objetivo General	16
3.2 Objetivos Específicos	16
4. Marco referencial	17
4.1 Marco teórico	17
4.2 Prestación de servicios de los trabajadores sexuales	17
4.3 La magnitud del trabajo sexual	19
4.3 Trabajadoras que ejercen la prostitución frente a la sociedad, implicaciones presentes y futuras	23
4.4 La normatividad jurídica nacional e internacional referente a la prostitución y su ejercicio (modelos normativos)	27
4.5 Los Derechos Humanos frente a las personas que desarrollan esta actividad	28
4.6. Estado del Arte	29
4.6.1 El presente del trabajo sexual	29
4.6.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976	30
Artículo 6.	30
4.7 Marco legal	36

4.7.1 Antecedentes jurídicos del trabajo sexual y su influencia en Colombia	36
4.7.2 Derechos Humanos en el caso de la Sentencia T29 de 2010	40
4.7.3 Comercio Sexual.....	44
4.8 Camino de legalización en el trabajo Sexual	46
4.8 Disposiciones para la aprobación del Proyecto de Ley.....	50
4.9 El Derecho Colombiano ante la prostitución: las normas explícitas y específicas	57
4.10 El Derecho Penal.....	57
4.11 Del derecho internacional y del derecho comparado, respecto al trabajo sexual	64
4.12 Del Derecho comparado con otros países	71
4.12.1La prostitución en el Derecho internacional.....	71
4.13 Algunas consideraciones adicionales desde el Derecho europeo.....	75
4.14 Sobre la licitud en general del objeto y de la causa de los contratos o prestaciones, según la Constitución y el derecho legislado.....	78
4.15 Licitud a la luz de la Constitución y en especial del principio de dignidad humana ..	78
4.16 Licitud a la luz del Derecho legislado.....	83
5. Marco Conceptual.....	91
6. Diseño metodológico	95
7. Conclusiones	100
8. Referencias bibliográficas	108

Lista de figuras

Figura 1. <i>Conceptos emitidos al proyecto de le 073 del 2013</i>	53
Figura 2 <i>Conceptos emitidos al proyecto de le 073 del 2013</i>	54

1. Planteamiento del problema

El trabajo sexual por las actividades propias de su ejercicio, expone a quienes lo practican a riesgos de todo tipo, como la violencia en sus diversas manifestaciones, afectaciones psicológicas por el estigma social e infecciones de transmisión sexual (ITS) y virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

En este contexto, la discriminación perjudica especialmente a las mujeres profesionales del sexo por cuenta de los mandatos de género en los que lo masculino subordina a lo femenino en aspectos económicos, políticos, culturales y sociales.

La situación de las mujeres y niñas en el escenario internacional, facilita las condiciones para que el trabajo sexual sea en su mayor parte desempeñado por este grupo poblacional, ya que como lo señala el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (Onusida) (2009), el acceso desigual por género a la educación, al empleo y al crédito entre otros factores, reduce las escasas opciones disponibles, sobre todo para las mujeres.

Desde esta perspectiva que reconoce la vulneración de los derechos de las mujeres que se dedican al trabajo sexual, los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales, admitieron la necesidad de promocionar los servicios de apoyo y atención a las trabajadoras del sexo, aunque desconocieron al cliente, según Yaibhé (2008) por las normas tradicionales que dejan de lado la responsabilidad de los hombres sobre las consecuencias del sexo y la sexualidad (Tirado, 2011a).

Al analizar este tema en otro plano, de la legalidad/ilegalidad en el ejercicio del trabajo sexual han enmarcado las discusiones que de trasfondo encierran la trasgresión de límites de lo que se ha considerado privado en su doble connotación, pues por una parte la exteriorización de la sexualidad no corresponde con la esfera de la intimidad, de lo que no

saldrá nunca a la luz de lo público y, por otra parte, el trabajo sexual implica la trasgresión de lo privado, de la privación de la sexualidad.

Ahora bien, ¿qué sucede en el mundo contemporáneo en donde los límites de lo privado en su doble sentido se han delineado al margen de límites borrosos? Si bien el desarrollo del trabajo sexual no es contemporáneo, las discusiones que enmarcan su legalidad se han adelantado significativamente en un panorama histórico que encierra una serie de fenómenos que dan una orientación específica al fenómeno, como lo es la aceleración de la globalización, especialmente económica, que inevitablemente ha llevado a una aceleración del libre intercambio y en este contexto aparece de una manera extrema, una circulación masiva en el libre mercado mundial del sexo, lo cual implica necesariamente una movilidad de las personas prestadoras de servicios sexuales o, en otros casos, se hace uso del desarrollo tecnológico que permite una circulación global desde el plano de lo local, como lo que representa la pornografía con su rápida extensión en medios como Internet.

El nuevo panorama ha traído al presente viejas discusiones, especialmente en el plano de lo legal, que así mismo ha traspasado las fronteras y ha permitido el diálogo de diversas latitudes frente a un fenómeno que ha desembocado en una tipificación tan extensa que presenta nuevos retos a los legisladores a nivel global. De acuerdo con este planteamiento formulamos la siguiente:

1.1 Pregunta Problema

¿Cómo el estado Colombiano es garante de los Derechos labores de las trabajadoras sexuales?

2. Justificación

El comercio sexual no es un invento del mundo moderno, sus comienzos datan de tiempos remotos; por otra parte, su desarrollo y su categorización han ido cambiando, mutando de acuerdo con los contextos en los que se desarrolla, permitiendo establecer dentro de la categoría del comercio sexual, según Tirado (2010),

La prostitución, el trabajo sexual/erótico, el turismo sexual, la explotación sexual de adultos, la pornografía infantil/adulta y la trata de personas con fines sexuales, categorías que por su misma esencia se desenvuelven generalmente en un plano de la economía ilegal o subterránea, lo cual implica de comienzo una dificultad en la cuantificación del fenómeno, aunque es necesario señalar que existen esfuerzos que intentan desarrollar una aproximación a la magnitud del fenómeno, sin que esto represente necesariamente un acercamiento veraz, pues como lo menciona Rubio (2010):

"Un elemento recurrente, reflejo de la falta de rigor en el manejo de las cifras, son las supuestas estimaciones sobre el volumen monetario del negocio en miles de millones de dólares a nivel mundial. No sorprende que nunca se citen las fuentes de estos cálculos de novela, literalmente imposibles de realizar para un negocio informal, cuando no ilegal y clandestino, y centrado en transacciones en efectivo" (p. 35).

Este tema de investigación se realiza con la intención de profundizar en el análisis de lo que representa especialmente la Sentencia T-629 de 2010 en el contexto legal Colombiano, lo que implica de forma obligatoria una revisión al plano para lo cual, como ya se mencionó, las posibilidades que ha probado la globalización han llegado a límites que ahora es necesario estudiar detalladamente en la medida en que la realidad social en este

fenómeno parece tomar ventaja rápidamente y más en el plano de lo legal, personificando una urgente necesidad de profundizar en su estudio, teniendo en cuenta sus implicaciones sociales y económicas a diversos actores que se mueven en el contexto del trabajo sexual, de forma voluntaria como a las que no, realidad no tan evidente por su misma clandestinidad, pero que diversos estudios, como el realizado por Kara (2010), demuestran su magnitud y sus nocivas consecuencias para las personas víctimas de lo que se ha denominado tráfico sexual.

La carencia de información cuantitativa se presenta por cuenta del grado de clandestinidad y es un trabajo difícil, por no decir imposible, que estas cifras salgan reflejadas en las cuentas nacionales; aunque los recursos hagan parte del sistema económico, su contabilidad es precaria por diferentes factores como el manejo de las transacciones en efectivo que no son registradas y por su misma clandestinidad.

Ante este panorama desalentador frente a la cuantificación del fenómeno, solo pueden tenerse datos de referencia que permitan de una forma más o menos cercana hacerse una vaga idea del desarrollo del fenómeno, aunque no se presenten datos oficiales como cualquier otro sector de la economía.

Si algo se puede conocer es, como lo menciona Tirado (2010), que este es un negocio de "baja inversión", en el que se invierte poco y se gana mucho, sumado al creciente desarrollo del fenómeno, en la actualidad la tecnología hace su más grandes logros a través de las comunicaciones virtuales de Internet, en donde crece exponencialmente la tipificación del comercio sexual, creando incentivos para desarrollar aún más el comercio sexual.

En Colombia la situación de las personas dedicadas a la prostitución sigue siendo una zona gris, que es a su vez difícil de entender y de tratar en su totalidad. Son pocos los estudios que hablan del número y las condiciones de los trabajadores sexuales en el país y pocos los programas dedicados a atenderlos. Sin datos no hay política seria. Esa falta de

información y atención se traduce en la invisibilización de amplios sectores de esta población cuyos derechos son violados sistemáticamente y que no cuentan con herramientas para defenderse y denunciar esas violaciones.

Esa falta de apoyo y ausencia de atención en salud son varios de los problemas causados por la inexistencia de una ley que reconozca los derechos de las trabajadoras sexuales y que regule las condiciones de su oficio. Así lo asegura Fidelia Suárez, líder de la Asociación de Mujeres buscando libertad (Asmubuli), un grupo de trabajadoras sexuales de Ipiales, Nariño. En noviembre de 2015, Asmubuli conformó el sindicato Sintrasexco, un sindicato que hasta la fecha cuenta con 600 integrantes provenientes de 6 departamentos.

Por otro lado, en 2013 el senador Armando Benedetti radicó el proyecto de ley 079 que busca reglamentar el trato digno a los trabajadores sexuales y que se restablezcan sus derechos. Entre las muchas cosas que busca el proyecto está garantizar la afiliación de las trabajadoras al sistema de seguridad social por parte de sus empleadores, que su oficio tenga lugar en espacios salubres y dignos y que sus condiciones laborales se rijan por el Código Sustantivo del Trabajo.

El proyecto de ley está basado en una sentencia emitida en 2010 por parte de la Corte Constitucional, y siendo actualizado con base en otra sentencia de 2015. En los dos casos, la Corte Constitucional reconoció los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, resaltando el hecho de que la prostitución en Colombia no es ilegal ni está penalizada.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Analizar las garantías laborales, que le brinda el estado a las trabajadoras sexuales en la ciudad de Barranquilla.

3.2 Objetivos Específicos

Examinar la normatividad existente con relación a las garantías labores que brinda el Estado a las Trabajadoras Sexuales en Colombia.

Determinar las características que garantiza a las trabajadoras Sexuales sus derechos en la Normativa jurídica del estado Colombiano

Comparar la doctrina y jurisprudencia existente sobre garantías laborales que brinda el estado a las trabajadoras sexuales en Colombia.

4. Marco referencial

4.1 Marco teórico

4.2 Prestación de servicios de los trabajadores sexuales

La prestación de servicios sexuales es tan amplia que necesariamente da cuenta de la demanda de estos, por lo cual las tarifas pueden variar según la región geográfica en donde se desarrolla la actividad, teniendo en cuenta las "preferencias del consumidor", como lo evidencian Levit y Dubner (2010)

Al sustentar que en periodos precedentes en Estados Unidos la práctica del sexo oral representaba un alto precio sin desconocer el tabú que representaba esta práctica, pero cuando las actitudes sociales cambiaron su reducción en el precio fue significativo, por lo que la oferta (no necesariamente en el comercio sexual) de esta actividad sexual fue tan extendida y normalizada en las prácticas sexuales que redujo considerablemente su precio. Este es tan solo un caso que ilustra, por una parte, la heterogeneidad en las cifras que pueden presentarse por cuenta del mismo comportamiento de la oferta y la demanda y, por otra parte, revela la complejidad del estudio cuantitativo en el intento de realizar estudios comparativos debido a que las conductas sexuales o, en otras palabras, "las preferencias del consumidor" pueden variar significativamente implicando una distorsión en su análisis.

Sin embargo, algunos estudios, como el desarrollado por Kara (2010), afirman que

En el mundo aproximadamente para el año 2007 se encontraban bajo la denominación de esclavas sexuales 1'200.000 personas, en zonas como el Asia Meridional que llegaba a representar cerca del 28% del total de

personas víctimas del tráfico de personas a nivel mundial, seguido de zonas como el Asia Oriental y el Pacífico con cerca del 26%. "La tasa de crecimiento actual es muy inferior a la tasa de hace quince años, cuando el tráfico sexual explotó coincidiendo con la expansión de la globalización económica" (Kara, 2010, p.46).

Estas cifras podrían ser mayores, pues no se cuentan las personas que de forma voluntaria entran a formar parte del comercio sexual a nivel mundial.

Desde la perspectiva económica el fenómeno supone grandes retos en la investigación, dado que estas personas representan un modelo de producción en el que la "mano de obra" trasciende las fronteras nacionales basándose en la movilidad de esta mano de obra desde países que generalmente presentan niveles de desarrollo bastante pobres, como el caso de países de África o América Latina, obstáculo aún mayor en su seguimiento en términos de ingresos monetarios y número de personas prestadoras de servicios sexuales.

Sin embargo, la realidad del comercio sexual no puede ocultarse ante la ausencia de una estandarización numérica, por lo cual siendo un fenómeno social que está presente en las sociedades es función de los legisladores prestar atención a su desarrollo. Tanto en el contexto nacional como internacional se han promulgado diversidad de estilos jurídicos que han abordado el fenómeno; para el caso colombiano, se fija actualmente la atención en la sentencia T 629 de 2010, emitida por la Corte Constitucional, en la cual se analiza de qué forma se contempla el ejercicio de la prostitución y qué impedimentos se esgrimen frente a esta.

Este es un tema muy tenso y preocupante entre la sociedad y los órganos del Estado, especialmente en cuanto a su normatividad y adecuación típica o no típica dentro del derecho penal. Es decir, rechazo y reproche de las actividades de la prostitución según el

ordenamiento jurídico imperante o según las concepciones morales de la sociedad. De igual manera, es un punto de tensión respecto de los derechos de las personas inmersas en el trabajo sexual, no discriminación, y la sociedad como colectividad definitoria o no de las conductas delictuosas.

Las discusiones que se han dado en torno al ejercicio del trabajo sexual han girado en una órbita de su aceptación y su negación, permitiendo postular varias perspectivas que tratan temas referentes a sus efectos e implicaciones a nivel social y jurídico. Podemos, de manera muy general, mencionar las siguientes:

- (i) El individuo que ejerce la prostitución frente a la sociedad, implicaciones presentes y futuras;
- (ii) El Estado como ente interviniente en el ejercicio de la actividad, en interés de la salud y el orden público;
- (iii) Los postulados del derecho internacional y del derecho comparado, respecto al trabajo sexual;
- (iv) La normatividad jurídica nacional e internacional referente a la prostitución y su ejercicio (modelos normativos);
- (v) Los Derechos Humanos frente a las personas que desarrollan esta actividad.

4.3 La magnitud del trabajo sexual

El comercio sexual no es un invento del mundo moderno, sus comienzos datan de tiempos remotos; por otra parte, su desarrollo y su categorización han ido cambiando, de acuerdo con los contextos en los que se desarrolla, permitiendo establecer dentro de la categoría del comercio sexual, según Tirado (2010), la prostitución, el trabajo sexual el turismo sexual, la explotación sexual de adultos, la pornografía infantil/adulta y la trata de

personas con fines sexuales, categorías que por su misma esencia se desenvuelven generalmente en un plano de la economía ilegal o subterránea, lo cual implica de comienzo una dificultad en la cuantificación del fenómeno, aunque es necesario señalar que existen esfuerzos que intentan desarrollar una aproximación a la magnitud del fenómeno, sin que esto represente necesariamente un acercamiento veraz, pues como lo menciona Rubio (2010):

"Un elemento recurrente, reflejo de la falta de rigor en el manejo de las cifras, son las supuestas estimaciones sobre el volumen monetario del negocio en miles de millones de dólares a nivel mundial. No sorprende que nunca se citen las fuentes de estos cálculos de novela, literalmente imposibles de realizar para un negocio informal, cuando no ilegal y clandestino, y centrado en transacciones en efectivo" (p. 35).

La carencia de información cuantitativa se presenta por cuenta del grado de clandestinidad y es un trabajo difícil, por no decir imposible, que estas cifras salgan reflejadas en las cuentas nacionales; aunque los recursos hagan parte del sistema económico, su contabilidad es precaria por diferentes factores como el manejo de las transacciones en efectivo que no son registradas y por su misma clandestinidad.

Ante este panorama desalentador frente a la cuantificación del fenómeno, solo pueden tenerse datos de referencia que permitan de una forma más o menos cercana hacerse una vaga idea del desarrollo del fenómeno, aunque no se presenten datos oficiales como cualquier otro sector de la economía. Si algo se puede conocer es, como lo menciona Tirado (2010), que este es un negocio de "baja inversión", en el que se invierte poco y se gana mucho, sumado al creciente desarrollo del fenómeno, por ejemplo en Internet, en donde crece exponencialmente la tipificación del comercio sexual, creando incentivos para desarrollar aún más el comercio sexual.

Por otra parte, una de las grandes dificultades respecto a la cuantificación del fenómeno es la diversidad de servicios sexuales y, así mismo, su grado de diferenciación en este mercado, lo que representa una gran heterogeneidad en las cifras de ingresos. "Una muestra de 347 prostitutas que atienden en locales de características similares en 6 barrios relativamente homogéneos de Bogotá, reportaron en el año 2007, como promedio de lo que recibían por cada cliente, cifras que variaban entre US\$ 4 y US\$ 250, o sea una diferencia de uno a sesenta" (Rubio, 2010, p.37).

La prestación de servicios sexuales es tan amplia que necesariamente da cuenta de la demanda de estos, por lo cual las tarifas pueden variar según la región geográfica en donde se desarrolla la actividad, teniendo en cuenta las "*preferencias del consumidor*", como lo evidencian Levit y Dubner (2010) al sustentar que en periodos precedentes en Estados Unidos la práctica del sexo oral representaba un alto precio sin desconocer el tabú que representaba esta práctica, pero cuando las actitudes sociales cambiaron su reducción en el precio fue significativo, por lo que la oferta (no necesariamente en el comercio sexual) de esta actividad sexual fue tan extendida y normalizada en las prácticas sexuales que redujo considerablemente su precio.

Este es tan solo un caso que ilustra, por una parte, la heterogeneidad en las cifras que pueden presentarse por cuenta del mismo comportamiento de la oferta y la demanda y, por otra parte, revela la complejidad del estudio cuantitativo en el intento de realizar estudios comparativos debido a que las conductas sexuales o, en otras palabras, "las preferencias del consumidor" pueden variar significativamente implicando una distorsión en su análisis.

Sin embargo, algunos estudios, como el desarrollado por Kara (2010), afirman que

En el mundo aproximadamente para el año 2007 se encontraban bajo la denominación de esclavas sexuales 1'200.000 personas, en zonas como el Asia Meridional que llegaba a representar cerca del 28% del total de personas víctimas del tráfico de personas a nivel

mundial, seguido de zonas como el Asia Oriental y el Pacífico con cerca del 26%. "La tasa de crecimiento actual es muy inferior a la tasa de hace quince años, cuando el tráfico sexual explotó coincidiendo con la expansión de la globalización económica" (Kara, 2010, p.46).

Estas cifras podrían ser mayores, pues no se cuentan las personas que de forma voluntaria entran a formar parte del comercio sexual a nivel mundial.

Desde la perspectiva económica el fenómeno supone grandes retos en su estudio, dado que estas personas representan un modelo de producción en el que la "mano de obra" trasciende las fronteras nacionales basándose en la movilidad de esta mano de obra desde países que generalmente presentan niveles de desarrollo bastante pobres, como el caso de países de África o América Latina, obstáculo aún mayor en su seguimiento en términos de ingresos monetarios y número de personas prestadoras de servicios sexuales.

Sin embargo, la realidad del comercio sexual no puede ocultarse ante la ausencia de una estandarización numérica, por lo cual siendo un fenómeno social que está presente en las sociedades es función de los legisladores prestar atención a su desarrollo. Tanto en el contexto nacional como internacional se han promulgado diversidad de estilos jurídicos que han abordado el fenómeno; para el caso colombiano, se fija actualmente la atención en la sentencia T 629 de 2010, emitida por la Corte Constitucional, en la cual se analiza de qué forma se contempla el ejercicio de la prostitución y qué impedimentos se esgrimen frente a esta.

También se considera y se reconoce, según la Constitución, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y las normas internacionales, cómo la prostitución es una actividad laboral más, que está compuesta por un contrato de trabajo y de garantías mínimas en su ejercicio, marcando de una forma más abierta la distinción entre lo legal y lo ilegal, reconociendo la libertad de los ciudadanos en elegir su forma de sustento además de castigar los casos en los cuales se ejerce coacción directa para el ejercicio de la prostitución, violando múltiples

derechos de la población que es víctima de la explotación sexual con fines comerciales, tanto de población adulta como de niños y niñas.

Este es un tema muy tenso y preocupante entre la sociedad y los órganos del Estado, especialmente en cuanto a su normatividad y adecuación típica o no típica dentro del derecho penal. Es decir, rechazo y reproche de las actividades de la prostitución según el ordenamiento jurídico imperante o según las concepciones morales de la sociedad. De igual manera, es un punto de tensión respecto de los derechos de las personas inmersas en el trabajo sexual, no discriminación, y la sociedad como colectividad definitoria o no de las conductas delictuosas.

Las discusiones que se han dado en torno al ejercicio del trabajo sexual han girado en una órbita de su aceptación y su negación, permitiendo postular varias perspectivas que tratan temas referentes a sus efectos e implicaciones a nivel social y jurídico. Podemos, de manera muy general, mencionar las siguientes: (i) el individuo que ejerce la prostitución frente a la sociedad, implicaciones presentes y futuras; (ii) el Estado como ente interviniente en el ejercicio de la actividad, en interés de la salud y el orden público; (iii) los postulados del derecho internacional y del derecho comparado, respecto al trabajo sexual; (iv) la normatividad jurídica nacional e internacional referente a la prostitución y su ejercicio (modelos normativos); (v) los Derechos Humanos frente a las personas que desarrollan esta actividad.

4.3 Trabajadoras que ejercen la prostitución frente a la sociedad, implicaciones presentes y futuras

Cuando se hace referencia a la prostitución, al trabajo, al comercio, a la explotación sexual y a todas sus manifestaciones, necesariamente nos estamos refiriendo de forma implícita a la sexualidad, a sus nuevos discursos, a sus manifestaciones, a sus encuentros y

desencuentros, a sus tabúes y prohibiciones y a sus nuevos límites en un marco de lo privado/público, en una lucha permanente por proteger, pero develar, en un contexto que requiere hacer explícito, pero otra parte censura.

En todas las épocas históricas, en términos de Maffesoli, se presentan ideas obsesivas adoptando diversas formas en toda la gama de la expresión social. "Una de estas ideas obsesivas, que transversalmente recorre todas las civilizaciones, es la vida moral, en el sentido simple del término" (Maffesoli, 1994, p.103). Aunque el mundo presenta actualmente una gran explosión de manifestaciones que divergen de una moral centralista y reguladora del universo social, no implica que no existan unos códigos específicos que permiten la integración social a través de la divergencia.

Estos códigos unificadores ponen de manifiesto las disidencias del mundo moderno en donde, a pesar de una propagación de la sexualidad públicamente aceptada, existen códigos que liberan las vacilaciones de lo deseable y aceptable frente a la censura y estigma de otro tipo de conductas sexuales del mundo contemporáneo.

En el comienzo de su libro *Sexo Global*, Dennis Altman (2011) muestra la diferenciación de la percepción frente a los escándalos sexuales que sacudieron dos gobiernos muy diferentes; por una parte, mientras el presidente Clinton se expuso ante la opinión pública por sus escándalos sexuales el ex primer ministro Anwar Ibrahim fue arrestado y golpeado tras haber sido acusado de varios delitos sexuales; dos hechos que revelaban aspectos propios de la intimidad y de la sexualidad fueron percibidos diametralmente diferentes, pues mientras a Clinton se le presentaron problemas de imagen y de manejo de opinión pública, a Ibrahim le produjo la sentencia a pagar varios años de cárcel; sin embargo, prevalecen códigos unificadores que permiten establecer la privación de lo privado, una conducta moral unificadora que no permite la trasgresión de algunos aspectos de la vida pública, efecto en gran medida de lo que ha llamado Altman (2006) globalización,

llevándonos a cambios que simultáneamente conducen a la homogeneidad, pero así mismo a una mayor desigualdad.

Por otra parte, el nuevo escenario mundial ha mostrado un marco de oportunidades de desarrollo individual en contraposición a los valores impuestos por el poder de la reproducción de valores potenciados por las nuevas tecnologías de la información; no han logrado representar una represión de las nuevas identidades contemporáneas, en contraposición o como respuesta a los desencantos de los grandes ideales de igualdad, abriendo paso a la manifestación de las políticas de la diferencia, es decir, el cuerpo se ha transformado con más fuerza como agente político que rechaza los modelos únicos tradicionalmente concebidos.

Es decir para hacer un aparte, es necesario señalar el caso de la prostitución a nivel global. Se ha creído que en los países de menores ingresos es en donde puede existir una oferta especialmente numerosa de personas dispuestas a ofrecer servicios sexuales, o mejor, están dispuestas a ofrecer su mano de obra a un menor precio; de tal manera se relaciona de forma directa el ejercicio del trabajo sexual dadas las condiciones precarias de los ingresos, pero Rubio (2010) demuestra cómo existe una relación directa entre tendencias de liberación femenina entendida desde el acceso al mercado laboral de las mujeres y el crecimiento del ejercicio del trabajo sexual, lo cual violaría los supuestos tradicionales de la carencia de ingresos como factor determinante para el ejercicio a este tipo de trabajo.

El autor señala que esta tendencia se presenta principalmente en países en donde la liberación femenina o la incursión al mercado laboral femenino ha tenido más fuerza, por lo cual se podría entender el trabajo sexual como una manifestación de la liberación femenina, como una fuente de ingresos que permite cortar la dependencia económica, siendo entonces el cuerpo un vehículo político de reivindicación a pesar de las discusiones feministas de corte

marxista que entiende la prostitución como una nueva forma de esclavitud. El Estado como ente interviniente en el ejercicio de la actividad, en interés de la salud y el orden público.

Ante las divergencias morales propias que implica el desarrollo del trabajo sexual los Estados no han sido ajenos al fenómeno, postulando sus diversas posiciones que enmarcan sus visiones morales frente al fenómeno y consecuentemente con el crecimiento del fenómeno los Estados han extendido sus preocupaciones, manifiestos en una carrera legislativa alrededor de la prostitución, unos en una vía prohibicionista y otros en una vía legalista,

Frente a lo cual Rubio (2010) presenta el Índice de Legalidad de la Prostitución ILP permitiendo observar las tendencias legislativas a nivel global, en las cuales las sociedades más liberales tendiendo hacia la legalización tienen un indicador cercano, mientras que los países más restrictivos muestran un resultado cercano a 0. Según los resultados los países europeos muestran una tendencia predominantemente legalista, mientras países del oriente como China, Taiwan o Thailandia son primordialmente restrictivos.

En el caso Colombiano, se ha presentado una tendencia que se orienta hacia la legalización, especialmente en Bogotá, ciudad en la cual en los últimos años se ha comenzado a gestar una senda reglamentarista a través de múltiples decretos que han reconocido la existencia del fenómeno.

Por otra parte, la reglamentación del trabajo sexual en los diversos países se ha gestado por cuenta del creciente desarrollo de la explotación y tráfico sexual que se da en el marco de un comercio sexual cada vez más extendido en el mundo, dadas las condiciones de la globalización que facilita la interconexión con lugares que antes parecerían inalcanzables;

De tal forma se ha gestado importante el fenómeno de la explotación que es entendida por Tirado (2010) como un concepto

"Que aparece en la época de los setenta, como parte del discurso feminista, que intenta explicar la subordinación de las mujeres a través de categorías marxistas." (p. 67), además del creciente tráfico de personas con fines comerciales, que maximiza las ganancias de los empresarios del sexo bajo la figura de la coerción y el engaño.

Frente a este panorama, es necesaria la intervención de los Estados de forma articulada aunque, como lo señala Kara, existen 4 problemas que impiden la eliminación del tráfico sexual:

- 1) Las organizaciones dedicadas a combatir esta problemática carecen de recursos suficientes, además de su escasa articulación internacional,
- 2) Las leyes en los países, especialmente los afectados con el tráfico sexual son laxas, además de no existir una fortaleza institucional que dé cabal cumplimiento a la normatividad,
- 3) Existe una carencia de análisis económicos que permitan establecer puntos estratégicos de acción y,
- 4) El fenómeno no se ha estudiado lo suficiente, lo que impide la identificación de sus causas con exhaustividad que permita combatir el tráfico sexual.

4.4 La normatividad jurídica nacional e internacional referente a la prostitución y su ejercicio (modelos normativos)

El tema de la prostitución ha sido tratado desde el derecho mediante tres modelos tradicionales:

- (a) Prohibicionista, que define que todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual de la persona prostituida, y esta misma, son conductas punibles. Por atentar contra los

bienes jurídicos protegidos como son la moral pública y las buenas costumbres, el cliente es considerado víctima;

(b) El modelo abolicionista elimina no el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y, por tanto, de regulación normativa. Se fundamenta en la protección de la familia y de las mujeres.

De tal manera que excluye la punición de la actividad individual; sin embargo, persigue su entorno, es decir, la organización de negocios en cuanto a la prestación de servicios sexuales y,

(c) el modelo reglamentista reconoce la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado frente a los efectos perniciosos relacionados con la salud, la convivencia y las buenas costumbres; es decir, que este modelo pretende cuidar al cliente y, de forma indirecta, a aquellos que viven la prostitución sin ejercerla, pues permite la explotación de establecimientos comerciales relacionados con esta actividad sexual y se facilita el contacto entre trabajador o trabajadora sexual y clientes.

De manera eventual se puede considerar, dentro de los cuatro tradicionales modelos normativos, el laboral (Tirado, 2010), en el que la prostitución se valora como un trabajo más, al cual deberían aplicarse los mismos instrumentos para proteger a los trabajadores industriales de las posibles violaciones o abusos de sus derechos.

4.5 Los Derechos Humanos frente a las personas que desarrollan esta actividad

Teniendo como punto de partida, códigos de comportamiento universales o, en otros términos, de una ética universal, surge la idea de tener en cuenta el término, derechos humanos; como derechos aplicables a la condición humana, logrando adquirir un importante protagonismo en las últimas décadas, señalando una ética de tipo universal manejado en los

discursos circundantes a la cotidianidad y consolidándose una tendencia a expresar la inconformidad y protestar en el lenguaje propio de lo que implican, permitiendo a su vez una visibilización de actores que reclaman por la dignidad humana y por el derecho a la vida.

Estos entes sociales emergentes, como campesinos, obreros, desplazados, indígenas, recicladores, entre otros, comienzan a entender la universalidad de su protesta. En el caso de las personas que ejercen el trabajo sexual, se han sumado múltiples asociaciones de mujeres a lo largo del mundo, primordialmente a favor de los derechos de esta población, que luchan por la reivindicación del trabajo, siendo dirigidas todas las reclamaciones al Estado por ser el protagonista que garantiza su cumplimiento, así mismo como de la comunidad internacional.

De otra forma, si bien los derechos han nacido a partir de reivindicaciones sociales, estos son fundamentados por la misma legitimidad moral de cada época, lo que implica que estos no pueden quedarse tan solo en un plano de aspiraciones morales, sino que deben extenderse hasta el plano legal permitiendo garantizar la exigencia del derecho reconocido y su reclamación ante el Estado y sus instituciones como protectores de los derechos ciudadanos, a su vez que es el Estado el único que en muchas ocasiones puede restituir la ausencia del derecho objeto de reclamación, en nuestro caso el derecho laboral y sus implicaciones.

4.6. Estado del Arte

4.6.1 El presente del trabajo sexual

La libertad en cuanto a la elección de empleo de quienes ejercen o han ejercido el trabajo sexual encuentra su falencia al mediar una negociación sobre el precio de sus servicios, como se afirmó en el capítulo precedente. Sin embargo, el aspecto económico no solo influye y/o determina esta “elección” sino que silencia su existencia a los márgenes

sociales donde en poco o nada importan sus demandas por reconocimiento, aceptación y protección legal contra el limbo jurídico de su seguridad social.

4.6.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976

Artículo 6.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de

tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 11.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

□ Convenio No.100 de la OIT, 1951, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Artículo 2.

Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: (a) la legislación nacional; (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o (d) la acción conjunta de estos diversos medios. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1980 Artículo 6. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. • Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1949 Artículo

1. Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;

2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

Artículo 2. Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:

1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;

2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena. Artículo 6. Cada una de las Partes en el presente Convenio conviene en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospeche que se dedican a ella, tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación. Artículo 16.

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Recordemos que la reiteración sobre el derecho al trabajo en el ámbito social tiene un impacto internacional, tendiente a la protección del mismo, frente a todos los estados, no en vano el protocolo de san salvador reza:

Artículo 6:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Los estados parte en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactoria.

Ahora bien, en el escenario internacional, la pretensión del derecho es la supresión y persecución del fenómeno, respecto de la vinculación con el delito como la trata de personas o la explotación sexual de seres humanos, que generen números logros y beneficios.

Una ejemplificación de lo anterior, se refleja en la Convención para la Represión de la Trata de Personas y la explotación de la Prostitución Ajena de 1949, la cual suscribió:

“Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”

Por otro lado el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 DE 1970 en sus Artículos 178 a 183:

Artículo 178.- Modificado por el Decreto 522 de 1971, Artículo 120. Ejerce la prostitución la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, para satisfacción erótica de otras varias, con el fin de asegurar, completar o mejorar la propia subsistencia o la de otro.

El Estado utilizará los medios de protección a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida.

Artículo 179.- El solo ejercicio de la prostitución no es punible.

Artículo 180.- Las asambleas departamentales o los concejos podrán reglamentar lo relativo a la prostitución sujetándose a los preceptos de ese estatuto y a los reglamentos que dicte el gobierno nacional.

Artículo 181.- La nación, los departamentos y los municipios organizarán institutos en donde cualquier persona que ejerza la prostitución encuentre medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse.

La rehabilitación se ofrecerá por todos los medios que sean posibles sin que tenga carácter imperativo.

Artículo 182.- El tratamiento médico de las enfermedades venéreas es obligatorio.

El que se preste en establecimiento oficial será gratuito así como las drogas que se suministren.

Artículo 183.- Las autoridades podrán solicitar informaciones respecto del ejercicio de la prostitución con el fin de hallar los mejores medios de rehabilitación de quienes se dedican a ella.

Código Penal Ley 599 del año 2000 vigente, artículos 213, 214 y 216 así:

Artículo 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona,

incurrirá en prisión de diez (10) a veintidós (22) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 216. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta:

1. Se realizare en persona menor de catorce (14) años.
2. Se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero.
3. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.
4. Cuando la víctima fuere una persona de la tercera edad o, disminuido físico, sensorial, o psíquico⁸⁶.

En Colombia la prostitución en adultos no es un delito, pero el fácil acceso de sus clientes no garantiza que esta actividad (como la catalogaron los romanos “un comercio legal”) un acceso recíproco de protección estatal, ante una eventual reclamación de derechos laborales; no puede ser de asombro moralista, el reconocer las cifras alarmantes en aumento del trabajo sexual, es más garantista asumir el riesgo social que implique el reconocimiento que haga el órgano representativo y legislativo del estado de unas medidas de protección inmediata para la “carne de cañón” de una de las industrias más lucrativas del mundo, el sexo.

“Para crear y mantener este mundo es necesaria la existencia de una demanda, es obligatorio que miembros de nuestro entorno social quieran pagar y busquen hacerlo... Es la propia sociedad quien alimenta

la creación de un problema del cual se agarran quienes están inmersos en las redes de la marginalidad social.”

4.7 Marco legal

4.7.1 Antecedentes jurídicos del trabajo sexual y su influencia en Colombia

Las perspectivas desde las que se ha abordado la prostitución en el marco jurídico han sido dos: el prohibicionismo y la reglamentación. Tales corrientes plantean dos polos en la discusión respecto a la forma en la que el Estado debe concebir el fenómeno, pues, a fin de cuentas, es en el Estado donde se concentra una noción de comunidad o, como lo llamaría Anderson,³ la comunidad imaginada, lugar en el que se condensan las ideas generalizadas acerca de lo deseable en una sociedad.

El prohibicionismo se fundamenta en que el comercio sexual atenta contra los derechos humanos de las personas que trabajan en él, ya que va en contra de la dignidad humana y restringe la libertad sexual. Desde este modelo se considera que:[...] se de ben tomar acciones legales contra las personas que se encuentran dentro de él; desde este punto de vista, el modelo se instaura dentro de un planteamiento de corte conservador, cuyo principal discurso es la moral, que va acompañado de ideologías politizadas en cuanto afiliaciones de tipo religioso o de clase.

En el polo opuesto están quienes consideran que el comercio sexual debe ser reglamentado y que las personas que trabajan en prostitución deben ser reconocidas como trabajadoras del sexo. En términos legales, implica un reconocimiento de su ejercicio y, en términos prácticos, involucra un marco jurídico que impulsa el mejoramiento de las condiciones en las que se prestan los servicios sexuales. Además, se hace un seguimiento con el fin de evitar delitos como la explotación sexual de personas con mayoría de edad, la

Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA)⁵ y la trata de personas con fines de explotación sexual.

En Colombia no se ha presentado un marco jurídico que considere la prostitución como un delito; sin embargo, sí han existido visiones que, desde la reglamentación, han concebido el fenómeno desde diversas perspectivas. Para comienzos de la década del setenta, el Decreto 1335 (Código Nacional de Policía), modificado por el Decreto 522 de 1971, en el Capítulo VIII, Artículo 178, definió a quien ejerce la prostitución como *“la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, para satisfacción erótica de otras varias, con el fin de asegurar, completar o mejorar la propia subsistencia o la de otro”*.

Más adelante señaló que es función del Estado *“utilizar los medios de protección social a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida”*. Si bien existe un reconocimiento de la actividad, se puede alcanzar a detallar la percepción de la prostitución como un mal, una situación o enfermedad social de la cual las personas deben rehabilitarse.

En 1995, la Corte Constitucional sostiene que *“para el Estado social de Derecho la prostitución no es deseable, por ser contrario a la dignidad de la persona humana el comerciar con el propio ser”*.

Por tal motivo, a pesar de que se reconoce como una actividad que inexorablemente se lleva a cabo, es considerada como un mal menor que es preferible tolerar y controlar, ya que, en caso contrario, puede que *“se esparza clandestina e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud”*. Resulta interesante que en esta Sentencia se considere a quien ejerce la prostitución como una persona que está por fuera del ordenamiento moral de la sociedad, sin sopesar el jurídico y se estigmatizan como los y las parias, las y los enfermos de la sociedad que requieren tratamiento y tolerancia.

En alusión a Obregón, el discurso jurídico tiene mucho que ver con los discursos médico-científicos que catalogaron como enferma a la persona que decidiera prestar su cuerpo con fines sexuales, visión establecida en el país desde el siglo XIX y que es evidente en la Sentencia T-620 de 1995, en donde se expresa que: [...]

Si se trata por varios medios de evitar que la mujer se prostituya, el Estado tienda a alejar ese mal ejemplo de las zonas residenciales, para evitar, entre otras, que la niñez y la juventud se vean impelidas hacia tan lamentable oficio.

Cabe resaltar que para este momento histórico aún no se reconoce la prostitución como un trabajo y que, además, se dejan de lado a los hombres que ejercen este oficio. En el año 2010 se emitió la Sentencia T-629,10 que quizás es la más profunda relacionada con la prostitución.

En términos del senador Benedetti, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 079 de 2013, esta Sentencia “*es seguramente la sentencia más completa y enriquecedora constitucionalmente hablando, providencia que mostró con altura la función liberal, republicana y garantista del Alto Tribunal Constitucional*”.

La Sentencia T-629 de 2010 surgió de una acción de tutela en la que una mujer demandó sus derechos al ser despedida (en estado de embarazo) de un lugar en el que se ejerce prostitución. La situación resulta jurídicamente compleja, si se tienen en cuenta los antecedentes constitucionales.

En este caso, se deben tutelar los derechos de una mujer despedida en estado de embarazo y se tiene que definir el estatus jurídico y laboral de la prostitución como actividad. Como premisa frente al contrato de trabajo y a la protección de la mujer cabeza de familia y en estado de embarazo, la Corte Constitucional afirmó en la Sentencia que es deber del

Estado: Reforzar sus derechos laborales respecto de los demás trabajadores, en el sentido de limitar al empleador su poder de disponibilidad de la trabajadora incrementar *pari passu* la estabilidad en el empleo de ésta como forma de protección efectiva de los bienes constitucionales relacionados con ella: derechos de la mujer, derecho a la no discriminación, derechos de los niños, derechos de la familia.

Por esto también, la estabilidad laboral reforzada predicable de la mujer en estado de embarazo o lactancia y de la que es madre cabeza de familia, se puede entender como un avance más en el proyecto constitucional de ser un Estado garante de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas y de que se haga efectivo el trabajo como principio, derecho, deber y libertad, como forma de participar de las oportunidades que ofrece el desarrollo, en ejercicio de sus capacidades y condiciones especiales.

La protección de los derechos de la mujer cabeza de familia, en estado de embarazo y que labora como trabajadora sexual permite identificar una situación de vulneración de derechos en los que la Corte decide que:

“Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida”

Con estos antecedentes y desde la perspectiva que otorga el estatus de trabajo a la prostitución, en adelante el ejercicio de la prostitución será denominado trabajo sexual. Frente al tipo de contrato, la Sentencia sostiene que se puede presentar la modalidad de contrato

realidad, el cual implica una serie de obligaciones tanto para el trabajador como para el empleador. No obstante, debido al carácter del trabajo, que en muchos aspectos puede poner en entredicho la dignidad de la persona que lo ejerce, si bien existe una subordinación precaria, también se reconoce la existencia de una precariedad frente a la estabilidad laboral y al derecho a ser restituido en caso de despido injustificado.

4.7.2 Derechos Humanos en el caso de la Sentencia T29 de 2010

Derechos humanos en el caso de la Sentencia T-629 de 2010 Si retomamos la idea de los derechos fundamentales como base para una ética si se quiere, universal es relevante remitirnos al principio fundamental de la libertad y la dignidad humana.

Con base en este principio, la Sentencia T-629 partió de la revisión de la jurisprudencia sobre la igualdad en la Constitución como eje de derechos, para definir la existencia de fundamentos jurídicos y, en consecuencia, considerar un trato desigual en materia de derechos laborales, con lo cual se sustentó la licitud de la prostitución.

La tutela de la mujer que reclamó por sus derechos dejó al descubierto estas nuevas formas de organización y reivindicación de los actores sociales, que asimilan la universalidad de su protesta como fuente necesaria para la reivindicación de sus derechos, en especial de su libertad.

En el caso de las personas que ejercen el trabajo sexual, se han sumado múltiples asociaciones de mujeres a lo largo del mundo, primordialmente a favor de los derechos de esta población, que luchan por la reivindicación del trabajo, siendo dirigidas todas las reclamaciones al Estado por ser el protagonista que garantiza su cumplimiento, así mismo como de la comunidad internacional.

De esta manera, las nuevas formas de organización y reivindicación se reconocen, a su vez, en los derechos fundamentales promulgados en la Constitución Política de 1991, que

invoca: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Además, acerca de las garantías esenciales para acceder como principio fundamental a la libertad, en las contribuciones al debate jurídico (2018) afirma:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (p.254)

Es por esto que el Estado se encarga de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De esta forma, la Sentencia busca tutelar los derechos consagrados en la Constitución, con base en la conservación y protección del principio de igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación y la promoción de la igualdad material. Tanto en la tutela interpuesta que da origen a la Sentencia T-629 de 2010 como en la situación de trabajadores sexuales en general se encuentran realidades en las que ha existido una constante discriminación y nula

protección de los derechos laborales ante la ausencia de contrato laboral o de mecanismos que amparen sus derechos, por lo que la Sentencia resulta primordial en la protección de los derechos fundamentales de esta población.

Sumado a lo anterior, los derechos laborales y de libertad no pueden aplicarse en sentido estricto de igualdad, debido a que la prostitución cuenta con una estructura histórica que no permite equiparar o comparar esta actividad económica con cualquier otra. Las mujeres que ejercen este trabajo se han convertido en objeto de estigma, justificado por múltiples discursos que las han hecho víctimas de una sociedad machista, que castiga la independencia y libre decisión de las mujeres que usan sus cuerpos, su eroticidad y en especial sus órganos sexuales y reproductivos con fines comerciales.

En el contexto de una población que arrastra concepciones morales que las victimiza, el concepto de libertad no podría aplicarse en un ámbito de igualdad, por lo que un trato y una conceptualización diferencial es requerido si se quieren proteger, promover y restaurar los derechos lesionados de esta población. Por este motivo, la Corte Constitucional insta a un concepto de libertad que contempla un trato diferencial de acuerdo con criterios de proporcionalidad, que se debe realizar según la evaluación de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por otra parte, junto con el derecho a la libertad *derecho fundamental en el que se funda la protección y licitud del trabajo sexual* se reconoce la necesidad de incluir el principio y el derecho a la dignidad, que representa para el Estado colombiano un pilar sobre el que se deben fundamentar otros derechos. Afirmo la Sentencia T-629, con origen en la T-881 de 2002, que el Estado debe garantizar:

Es por eso que la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según Pierre Bourdieu, Sociología., entre otros). Y cultura (México D. F.: Grijalbo, 1984), 21

Además de estimular las competencias que permitan llevar una u otra forma de vida de acuerdo con la libre elección de las personas, 18 el Estado debe brindar las herramientas para que, a pesar de las asimetrías constitutivas de la sociedad, las personas puedan plantear un proyecto de vida con las condiciones materiales que lo permitan.

Entonces, desde su perspectiva liberal es función del Estado asegurar a los ciudadanos las garantías y condiciones para que puedan desarrollarse y tener plenas capacidades de elección sobre su propia vida, ya que, como lo plantea Appiah, *“el cultivo de la propia individualidad es en sí mismo parte del bienestar, algo bueno in se”*.

Acerca de las condiciones necesarias para el proyecto de vida de quien ejerce la prostitución, es pertinente señalar varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta para la discusión: 1. diferencias culturales de género que posicionan a las mujeres en desventaja económica, política y social;

2. diferencias étnicas que facilitan la sub-ordinación de determinados grupos sociales;

3. diferencias de clase que posibilitan o no condiciones de marginalidad y necesidad que son aprovechados en contra de los intereses de las trabajadoras y los trabajadores sexuales. Colombia, (Corte Constitucional, Sentencia T-629.)

Tirado Acero (2014) manifiesta que

“Un proyecto de vida deseable desde el criterio de la dignidad humana en el caso de la prostitución, que se desarrolle en condiciones de libre ejercicio y con plena conciencia debe contemplar múltiples dimensiones como las ya señaladas, por lo que el Estado debe brindar las facilidades y oportunidades para que todas y todos sus ciudadanos lo consigan”

4.7.3 Comercio Sexual

Ahora bien, es preciso tener en cuenta aspectos más relevantes. En el contexto de las múltiples ofertas del comercio sexual, la prestación remunerada de servicios sexuales resulta siempre un tema atractivo que implica la existencia de personas excluidas en un mundo oculto, extraño, ajeno, inseguro y cargado de imágenes enrarecidas por los sucesos de las calles, transitadas con rapidez ante el ojo de la buena moral y con lentitud para el deseo sexual ávido de un servicio.

La prostitución es un fenómeno social mucho más abarcador y complejo que una realidad que ha existido siempre. Es mucho más que “*el oficio más antiguo del mundo*”. Tiene más que ver con las formas de relacionarnos con los demás, con la experiencia de la sexualidad y del deseo, con las ideas de dominación y con una ilusión del acceso al cuerpo de la otredad.

La prostitución no es una actividad aislada, pues se enmarca en estructuras culturales y dinámicas económicas, políticas e ideológicas de una sociedad determinada. Es de amplio conocimiento que la mayoría de oferentes de estos servicios es mujer.

Esto no es solo un dato vacío, sino que supone que su lado contrario, es decir, la demanda, esta movida por hombres que buscan servicios sexuales con mujeres “adultas” en el marco de una sociedad machista, heterosexual.

Si es notorio que la prostitución es ejercida en especial por mujeres y demandada por hombres, ¿por qué en el imaginario social fluyen imágenes de mujeres semidesnudas a la espera de clientes? ¿En dónde está el cliente en esta caricatura de la vida social? Resulta que el cliente no aparece, no registra ni está en las bases de datos oficiales; es un fantasma, un protagonista anónimo, sin cara, sin nombre, sin perfil y desclasificado.

Es aquí donde recae el hecho de que el cliente sea un fantasma y las mujeres que prestan servicios sexuales sean una imagen de mala conducta y pocos valores refleja una asimetría constitutiva de nuestras sociedades. Si bien existe prostitución masculina, no se puede desconocer que la carga peyorativa que trae el comercio sexual es asumida por las mujeres oferentes de esta práctica.

Sin embargo, la negación histórica de los derechos fundamentales a una o de una población en este caso, quien se dedica a la prostitución tiene su origen en múltiples, es aquí donde vale la pena dejar claro que la palabra viene del latín *prostituio*: exhibir para la venta. Las denominaciones prostitución, trabajo sexual y explotación sexual tienen connotaciones distintas: la primera está sujeta a una necesidad, bien sea de tipo económico, lúdico o intelectual en la que se intercambia sexo por una remuneración; la segunda implica un valor agregado y el ofertante sexual o erótico ve su actividad como una labor o un trabajo más; por la causa, pero parece haber suficiente evidencia para considerar que el sector femenino oferente de servicios sexuales ha sido quien ha cargado con el estigma y con diversas formas de violencia cuya tipificación respecto a los delitos sexuales se encuentra en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal).

Por otra parte, si bien la prostitución es muy antigua, también es novedosa, creativa y responde a las necesidades de una oferta diversificada día tras día. Tiene movimientos migratorios muchos de ellos ilegales y constituyen delito, tiene dinámicas que pueden vulnerar la integridad de quien la ejerce, así como involucrar a sectores indefensos como a niños, niñas y adolescentes; por tanto, es deber de los Estados propiciar la defensa, la protección, la promoción y el amparo, entre otros, de forma priorizada y reforzada de este grupo poblacional.

Es por esto, que cuando se trata de considerar a la prostitución como una simple transacción es desconocer una multiplicidad de fenómenos que se despliegan por medio de

las manifestaciones de la sexualidad, que implican una serie de dinámicas en las que se pone en juego la protección de la integridad, la libertad, la formación sexual, la dignidad y la autonomía como derechos fundamentales. De la complejidad propia de la prostitución surge la imperiosa necesidad de actuar desde diferentes ángulos, como el ordenamiento jurídico, para contrarrestar los efectos negativos de una actividad que ha puesto en vilo derechos de una población que poco ha contado, que poco ha sido escuchada, aunque muchos hayan tomado sus servicios

4.8 Camino de legalización en el trabajo Sexual

El año 2010 fue decisivo para la población que ejerce prostitución en el país. En el plano legislativo se venían gestando propuestas que, cada vez con más claridad, intentaban reconocer los derechos de esta población.

Las Organizaciones de la sociedad civil (2010) diseñaron proyectos más fuertes y contaron con mayor apoyo, como el caso de la Asociación de Mujeres Buscando Libertad (Asmubuli), la cual forma parte de la creciente organización internacional Redtralsex.²⁰

En el plano institucional, surgió un interés creciente por conocer las dinámicas propias de la prostitución en el país y en el plano legislativo, en la ciudad de Bogotá se tomaron medidas más incluyentes respecto a las personas dedicadas a la prostitución, sin olvidar esfuerzos en lugares como Sogamoso (Boyacá), en donde se intentó regular la actividad.

En agosto de 2013, como consecuencia de todo lo que venía sucediendo alrededor de las discusiones sobre la prostitución y con la fuerte implicación de orden constitucional de la Sentencia T-629 de 2010, el senador Armando Benedetti presentó el Proyecto de Ley Ordinaria 079, cuyo objeto es: Establecer medidas para garantizar la dignidad de las personas que ejercen la prostitución no forzada, a partir del reconocimiento de sus derechos como

sujetos de especial protección constitucional, establecer acciones afirmativas en su favor, y delimitar conductas de los establecimientos comerciales dedicados a la prestación de servicios vinculados a esta actividad. El Proyecto tuvo tres grandes objetivos:

1) reconocer la actividad como un trabajo y asegurar, como en cualquier otro y con todas las medidas de la seguridad social, a las personas que la desempeñen;

2) establecer obligaciones a los establecimientos y a las personas dedicadas a esta actividad, bajo la lógica de la protección de los derechos fundamentales emanados de la Sentencia T-629 de 2010; y

3) crear acciones afirmativas a favor de esta población, con el soporte interinstitucional que vincula varios ministerios como el de Educación, el de Salud y el del Interior, así como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre otros. Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia (2012)

La justificación del Proyecto menciona la especial situación de vulnerabilidad de esta práctica y le concedió un estatus de actividad económica válida que, por las circunstancias socioeconómicas del país, se convierte en una alternativa sostenible, con la cual se pueden suplir las necesidades de las personas trabajadoras sexuales y de quienes están a su cargo.

Tanto en el Proyecto de Ley como en los antecedentes constitucionales queda claro que el Estado debe implementar acciones que conduzcan a controlar la actividad de la prostitución y a prevenir su expansión, por lo que se intenta evitar, de manera rotunda, la creación de incentivos para su crecimiento.

Asimismo, la pretensión del Proyecto de Ley es que el Estado tome algunas medidas como las ya adoptadas para combatir la esclavitud sexual y la ESCNNA. El Proyecto de Ley contiene un capítulo en el que se expresan los derechos y las garantías especiales de las personas que ejercen prostitución, como el derecho a recibir un trato diferencial por parte de la Administración, de acuerdo con su situación de vulnerabilidad.

Al mencionar el tema sobre el trato diferencial incluye medidas como el derecho a recibir información de las normativas, a formular políticas públicas para contrarrestar los efectos del ejercicio de la prostitución, a recibir oportunidades laborales y sociales alternativas y el derecho a desempeñar su actividad en condiciones dignas, saludables e higiénico-sanitarias, entre otros. En cuanto a los derechos laborales, en el Artículo 8 se instituye que existe presunción de contrato laboral, en coordinación con lo expresado por la Corte Constitucional. En el proyecto se postula que:

“Para todos los efectos legales, se presume que existe una relación laboral entre las personas que ejercen la prostitución y los establecimientos de comercio objeto de la presente ley, con las consecuencias contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, independientemente de la denominación contractual atribuida entre las partes.” (P.158)

Por otra parte, se definen las obligaciones para las personas que ejercen la prostitución, respecto al cuidado propio y de las personas que demanden los servicios, con especial énfasis en la salud; para ello, se hace obligatorio el uso del preservativo por cada relación, así como la asistencia periódica a los servicios de salud, con el fin de disminuir los riesgos asociados con este trabajo como las enfermedades de transmisión sexual (ETS).

De la misma forma como ordena una serie de derechos y obligaciones para quienes ejercen la prostitución, en el Capítulo V se plasman las disposiciones generales para los lugares que ofertan los servicios de las y los trabajadores sexuales. En un primer momento, determina las obligaciones de los establecimientos.

Se contempla el cumplimiento de todas las medidas legales para aquellos de tipo comercial, así como las correspondientes licencias de construcción, las normas referentes a

intensidad auditiva, horario, ubicación y obtención de la matrícula mercantil, entre otras medidas de carácter general.

También se los obliga a cumplir unos lineamientos dirigidos a la protección de los derechos de las personas que ejercen la prostitución, como la promoción del uso del preservativo y de los medios de protección recomendados por las autoridades. Se exhorta a los propietarios, administradores y empleados a velar por un trato digno, por lo que se crea la obligación de asistir cada año a jornadas de información y educación en salud, derechos humanos y desarrollo personal, como se viene haciendo en la ciudad de Bogotá a partir de la emisión del Acuerdo 079 de 2003

.Si no se ejerce un adecuado control desde las instituciones o autoridades competentes, el Proyecto de Ley llama la atención sobre la especial atención en las conductas delictivas que se pueden promover y desarrollar dentro de los establecimientos como la trata de personas con fines de explotación sexual, la ESCNNA, la venta de alucinógenos, la esclavitud sexual y otras conductas sancionadas en el Código Penal colombiano.

Según el Proyecto, las obligaciones de los establecimientos hacia sus trabajadores que ejercen la prostitución deben ceñirse a las disposiciones legales de un contrato laboral, por lo que en su Artículo 11 exige el cumplimiento de este tipo de contratos y la afiliación al sistema general de seguridad social.

Se propone la creación de un fondo denominado de Restablecimiento social de personas que ejercen prostitución, cuya finalidad, plasmada en el Artículo 21, es:

“Prevenir, tratar y restablecer los derechos de las personas que ejercen la prostitución, creando programas especiales de atención a sus necesidades, campañas, estudios suscribiendo convenios, generando oportunidades, subsidios, y en general todas aquellas actividades que guarden una relación directa con el aspecto teleológico o finalista de la presente norma”.

Dicho fondo sería sustentado por los aportes del presupuesto nacional, de las donaciones y los aportes voluntarios, de las multas a establecimientos de comercio y personas que ejerzan la prostitución e incumplan las disposiciones de la ley y de los rendimientos del propio fondo.

Por último, los Capítulos V y VI se refieren al importante rol de los medios masivos de comunicación y los centros educativos en la información a la población, para impedir el crecimiento de la actividad y del estímulo tanto a la promoción de la oferta como la demanda de la prostitución

4.8 Disposiciones para la aprobación del Proyecto de Ley

Para esta fase, el Proyecto de Ley fue discutido con organizaciones como la Corporación Opción, la Asociación Nacional de Mujeres Buscando Libertad, la organización Sueños Sin Límites, la Fundación Fénix y el Proyecto Fondo Mundial VIH; además, contó con la colaboración de las Secretarías de Integración Social y de la Mujer del Distrito Capital y del Ministerio de Salud y Protección Social

Una vez el proyecto fue presentado por el senador Benedetti en el año 2013, se aunaron esfuerzos para iniciar el proceso legislativo en el Senado de la República. Las senadoras Gloria Inés Ramírez, Teresita García Romero y Astrid Sánchez se encargaron de presentar a discusión el Proyecto de Ley en la Comisión Séptima del Senado, que fue aprobado el 27 de noviembre del mismo año con las modificaciones realizadas por las senadoras nombradas, consistentes en seis recomendaciones generales.

Se eliminaron los Artículos 15 y 16 del Proyecto de Ley inicial, que hacían referencia a la creación, por parte de los establecimientos, de una base de datos con el registro

cronológico detallado de los servicios sexuales prestados. Además, fija a los establecimientos un tope de cobro de 30% del precio, valor o de la contraprestación pactada por el servicio sexual cancelado o pendiente por cancelar a las personas que ejercen la prostitución.

De acuerdo con las senadoras, estos Artículos “resultaban contrarios a los derechos a la intimidad, la privacidad, la honra y el buen nombre de quienes ejercen la prostitución, lo que resultaba claramente violatorio de los derechos fundamentales y contrario a la legislación”

Se incorporaron deberes para clientes o usuarios de servicios sexuales y para las autoridades, encaminados a eliminar los malos tratos, la marginación y otras formas de violencia presentes en este trabajo...

Las senadoras propusieron la elaboración de un nuevo capítulo que apunte a desestimular el ejercicio de la prostitución, por medio de alternativas laborales y de la posibilidad de vincular a las madres cabeza de familia y mujeres mayores de 45 años a las empresas...

La Ponencia incluyó un capítulo nuevo sobre educación, en el que se exhorta al diseño de estrategias de inclusión que permitan a las personas que ejercen prostitución la finalización de los ciclos de formación básica, media y secundaria.

De igual forma, busca propiciar las condiciones que faciliten a esta población su acceso a la educación superior como estrategia para desestimular el ejercicio de la práctica. En el plano preventivo se propuso que, por medio del Ministerio de Educación, se implementen y fortalezcan “*programas pedagógicos de formación en derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos, explotación sexual y cualquier forma de violencia de género*”

Se agregó un capítulo en el que se insta a la formulación de una política pública de atención y apoyo integral a las personas que ejercen la prostitución, con el objetivo de

garantizar sus derechos. Sumado a estas recomendaciones, el Proyecto se sometió a consideraciones de algunas instituciones gubernamentales implicadas en la atención a la población objeto de la Ley. A continuación se enuncian las principales recomendaciones generales.

Institución	Concepto
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)	El proyecto carece de disposiciones que establezcan la prohibición de cualquier tipo de explotación sexual comercial infantil, la cual se encuentra tipificada como delito en el Código Penal.
	No se definen medidas de protección para hacer frente a esta problemática que afecta a la niñez y la adolescencia en nuestro país.
	La iniciativa no contempla referencia alguna a la prohibición legal y constitucional existente sobre la explotación sexual infantil como un delito sancionable por el ordenamiento jurídico.
Defensoría del Pueblo	Se debe tener en cuenta que los riesgos asociados con la prostitución callejera son mayores, pues no es viable regularla debido a su carácter informal y es ahí en donde se prevé mayor vulneración.
	Se considera necesario incluir los principios del respeto a la dignidad humana, solidaridad y buena fe.
	En cuanto a las sanciones a los establecimientos por el incumplimiento de la ley, cabe señalar que una suspensión o un cierre generaría efectos adversos para las personas que ejercen la prostitución, ya que las dejaría sin un lugar de trabajo.
	El Artículo 23 propone en su parágrafo 2 que, en el marco de la responsabilidad social empresarial, se incentive la contratación de personas que hayan estado en ejercicio de la prostitución; sin embargo, las personas tendrían que informar su actividad previa, lo que vulnera su derecho a la intimidad.
	Es necesario crear un programa de incentivos para acceder a la educación superior en universidades acreditadas.
	El DANE, en coordinación con el Ministerio de Salud, de Protección Social y de Trabajo, debe hacer un estudio de caracterización de la población previo a la emisión de la ley.

Figura 1. Elaboración propia 2018/Conceptos emitidos al proyecto de la 073 del 2103/ Documentos internos del comité internacional.

Ministerio de Defensa	En relación con el Artículo 8 del Proyecto, referente a la presunción de contrato laboral entre las personas que ejercen la prostitución, se considera que esta disposición debe ser analizada por el Ministerio de Trabajo, por cuanto desborda la protección general establecida en el ordenamiento laboral.
	Entre las obligaciones para los establecimientos donde se ejerza la prostitución, se sugiere incluir la fijación de avisos que indiquen los números o las líneas de atención del Comité interinstitucional de lucha contra la trata de personas; sin ellos, dichos lugares se harían acreedores a sanciones pecuniarias y, en caso de reincidencia en el incumplimiento, se facultaría el cierre del lugar.
	Respecto a la forma del contrato laboral, no sería procedente limitar las modalidades de contratación, por cuanto, como se desprende del mismo proyecto, las mujeres y los hombres que ejercen la prostitución lo hacen con diferentes variables y formas.
Ministerio de Educación	El Proyecto busca facilitar el ingreso de las personas que ejercen la prostitución a programas académicos de educación superior; sin embargo, la citada disposición podría vulnerar la autonomía de tales instituciones, reconocida por el Artículo 69 de la Constitución Política.
	El Proyecto busca instituir medidas especiales para financiar los estudios de educación superior que adelanten las personas que ejercen la prostitución; no obstante, el Ministerio de Educación considera que esta propuesta puede no estar acorde con la política de fomento de la educación superior.
	El Proyecto insta a que el Ministerio de Educación implemente campañas educativas destinadas a la prevención de cualquier forma de explotación sexual y violencia de género; empero, el Ministerio no comparte que se haga referencia a "campañas educativas", pues se ha considerado que los distintos agentes educativos no deben encargarse de este tipo de actividades y que deberían ser responsabilidad de otros sectores como cultura y comunicaciones, como parte de la articulación que deben tener con el sector.
Ministerio del Trabajo	Acerca de la redacción del numeral 1, es preciso incluir que los derechos sexuales y reproductivos de las personas que ejercen la prostitución tienen especial relevancia y recalcar la posibilidad que tienen hombres y mujeres para tomar decisiones autónomas—sin coacción, violencia o discriminación—sobre su propio cuerpo, en el ámbito de la sexualidad y la reproducción.
	Es pertinente sumar un capítulo completo e independiente que regule las situaciones relacionadas con el acceso y la atención a los riesgos laborales.

Fuente: elaboración propia con base en documentos internos del Comité Interinstitucional sobre trata de personas.

Figura 2. *Elaboración propia 2018/Conceptos emitidos al proyecto de la Ley 073 del 2013/ Documentos internos del comité internacional.*

Cada una de las anteriormente mencionadas en el cuadro, que se encuentran integradas por algunas instituciones, dio un concepto favorable al Proyecto de Ley, con base en los criterios constitucionales y las directrices expuestas por la Corte Constitucional. Desde 2014, el programa de prostitución en Bogotá ha sido manejado por la Secretaría de la Mujer; esto generó debate no solo en la Secretaría Distrital de Integración Social (SDIS), que había

estado por años a su cargo, pues se visibilizó que en esta dinámica social no solo se encuentran mujeres en situación de prostitución sino también hombres ofertantes sexuales. Debido a ello, se integraron poblaciones como la LGBTI, que son vulnerados en esta actividad comercial. El manejo de temas asociados con la explotación sexual sí quedó bajo la responsabilidad de la SDIS, apoyada por la Fundación Renacer.

De acuerdo con Edward Hernández (2014), funcionario de la Secretaría Distrital de la Mujer, esta institución a la fecha no ha adelantado estudios en relación con la salud ocupacional y los riesgos laborales derivados del ejercicio de la prostitución; no obstante, en curso de la asesoría psicosocial, jurídica e intervención social que las profesionales realizan con mujeres en ejercicio de la prostitución, se han observado las siguientes afectaciones para la salud que pueden estar relacionadas con la actividad realizada y que la literatura científica en ocasiones reporta también relacionada

Si bien a partir del reconocimiento jurisprudencial de la prostitución como cualquier otro trabajo hubo garantía de acceso al sistema de seguridad social integral (salud, pensiones, riesgos laborales, caja de compensación familiar), para las personas mayores de edad que se encuentran ejerciendo esta actividad aún no es una realidad, pese a que se ajusta a los presupuestos de validez de todo contrato del Código Civil (persona legalmente capaz, libre de vicios de consentimiento, objeto y causa lícitos) y del Código Sustantivo del Trabajo en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones legales en materia de seguridad social.

En este caso, operarían como trabajadores independientes o, en su defecto, si media una vinculación laboral, tendrían derecho a todos los postulados laborales y de seguridad social como la estabilidad laboral reforzada (en caso de embarazo), indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales, vacaciones, primas y cotización a seguridad social (EPS, ARL y ARP). El anterior enunciado tiene vacíos jurídicos, no solo ante la reglamentación de los Códigos Civil y Sustantivo del Trabajo, sino frente al Código Penal,

tanto en la oferta como en la demanda de servicios sexuales, ya que la promoción, oferta y captación de personas para el comercio sexual consensuado podría tener visos de inducción a la prostitución, al proxenetismo, al constreñimiento, a la posible explotación sexual y por qué no, a la trata de personas con fines de explotación sexual.

Por tanto, mientras no haya seguridad jurídica, más allá de la obligación que tendrían en el aporte al régimen contributivo, los empresarios del sexo no entrarían a aplicar estos parámetros legales; así, las personas que se mueven en torno a la oferta del sexo pago quedan en la misma condición de vulnerabilidad y es el Estado el que, la mayoría de las veces por medio del régimen subsidiado, se encarga de ofrecerles unos mínimos frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), pese al usufructo económico de los dueños de establecimientos del sexo de un tercero.

Para el caso de toda persona menor de 18 años involucrada en el comercio sexual es importante recalcar que este no cabe dentro del aspecto laboral, ya que se considera explotación sexual comercial con niños, niñas y adolescentes y está penalizado; por ello, el objeto contractual sería ilícito, pero ¿qué pasa cuando los demandantes de servicios sexuales son menores de edad que pagan por tener sexo con una persona mayor de edad?

¿Qué sucede cuando son menores de edad que pagan por tener sexo con otros menores de edad? ¿Y en el caso de que sus padres o grupo parental sean los encargados de iniciarlos sexualmente con una mujer en situación de prostitución? Aunque lo anterior nutre la complejidad de la prostitución y lo que implica la reglamentación del trabajo sexual para el mundo adulto en la oferta de servicios sexuales o eróticos pagos, se aviva el debate que suscita la actividad del ejercicio sexual en cuanto a la interpretación y aplicación de los postulados jurídicos, porque se debe revisar la correspondencia entre lo que constituye el derecho al trabajo y al acceso a las garantías en un Estado social de Derecho, cimentado en los principios y derechos fundamentales mediante sus instituciones, la norma, Código

Sustantivo del Trabajo, Código Civil, Código Penal y Código de Policía, entre otros) y la jurisprudencia Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia (2018).

4.9 El Derecho Colombiano ante la prostitución: las normas explícitas y específicas

El Derecho colombiano recoge sin grandes mutaciones las características destacadas en el derecho comparado e internacional, por contener la misma tendencia mixta o ecléctica, en la que se establecen medidas de todo tipo.

En efecto, como pasa a exponerse, existe una construcción compleja entre el régimen derivado del Derecho penal y el que se crea desde el Derecho policivo, por el cual la inducción de la prostitución con animus lucri faciendies por sí sola punible bajo determinadas circunstancias (2.4.4.1.), aunque al mismo tiempo como actividad individual no lo es y quien la realiza no puede ser por sólo ese hecho perseguido, ni tampoco lo es quien desarrolla actividad económica en torno suyo (2.4.4.2.). Tras su presentación, se formularán unas conclusiones parciales sobre el Derecho aplicable al presente asunto.

4.10 El Derecho Penal

En el Código Penal Colombiano se pueden reconocer un conjunto de delitos que representan formas de reprimir parte de las formas comerciales en que la prostitución tiene lugar.

En este sentido, aparece en el título IV sobre Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el capítulo IV, “De la Explotación sexual”, en el que se contemplan diversos delitos como la “Inducción a la prostitución (art. 213), que se configura cuando alguien, “con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro”, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona.

También se tipifica de manera expresa, el “proxenetismo con menor de edad” (art. 213 A, modificado por el artículo 9º de la Ley 1236 de 2008) [46], el “Constreñimiento a la prostitución” (art. 214), que se diferencia del primer tipo penal, en que el comercio carnal o prostitución tiene lugar por la fuerza, amenaza o imposición.

Así mismo se establecen, conforme la ley 1236 de 2008, circunstancias de agravación punitiva relacionadas con la edad y condición de la víctima o relación con ella (art. 216) [48]. Por último y con las adiciones introducidas por la Ley 1336 de 2009, se contemplan otros delitos relacionados con la explotación sexual, como el de la prostitución de menores (art. 217), la explotación sexual comercial de persona menor de edad (art. 217-A), la pornografía con personas menores de 18 años (art. 218), el turismo sexual (art. 219), la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad (art. 219 A), e incluso, el delito de omisión del deber de denuncia (art 219-B).

Ahora bien, del conjunto de disposiciones del Código Penal mentadas, conviene ahondar en la prevista en el artículo 213, por cuanto en él se recoge el tipo penal que configura la versión más decidida del modelo prohibicionista, en cuanto tipifica penalmente, no el sometimiento por la fuerza de personas para que se dediquen a la prostitución, sino el mero hecho de su inducción y sin que desdibuje su configuración, la aquiescencia o aceptación de la persona invitada a prostituirse ni el hecho de que la misma pueda considerarse capaz para ello.

Sobre la constitucionalidad de esta disposición, se pronunció recientemente la Corte constitucional en sentencia C-636 de 2009, cuando resolvió la demanda por la cual se estimaba que con el art. 213 del Código penal se imponían límites excesivos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.

Para atender el asunto, la Corte en primer lugar reconoce las características del tipo penal, dentro de las cuales reconoce el carácter doloso del delito, al ser ejercido para obtener un lucro, pero donde no aparece como elemento subjetivo el constreñimiento, sino la mera inducción, esto es, la persuasión, instigación y provocación, *“el comportamiento seductor o engañoso dirigido a hacer nacer en la víctima el propósito de prostituirse”*.

En seguida, revisa el fenómeno de la prostitución en la jurisprudencia constitucional, desde el cual observa que dicho fenómeno es transversal a la cultura y a la historia de las civilizaciones y que, dada su magnitud y su impacto social, los Estados han preferido adoptar mecanismos preventivos de control, antes que medidas definitivas de erradicación. Aun así, resalta que también se ha considerado como un fenómeno que *“mancilla la dignidad personal”* y que es, por tanto, indeseable en el Estado Social de Derecho.

De allí que se deba velar por reducir los efectos nocivos de dicha práctica y que la ley pueda disponer mecanismos que procuren evitar la proliferación de dicha alternativa de vida. Pues, aunque reconoce que la misma puede ser producto de la libre escogencia de los individuos, admite también que los valores personales, la dignidad humana y, en muchas ocasiones, los derechos de los menores involucrados directa o indirectamente en esa opción, hacen necesaria una protección especial por parte de las autoridades públicas.

En esta misma línea, observa que a pesar de reconocer que del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitución, el Estado sí tiene deberes claros frente a su existencia pues

“Por disposición de la misma Carta, no es indiferente a sus efectos nocivos, por lo que resulta legítimo, dentro de los límites razonables de la proporcionalidad, que las autoridades públicas de todos los órdenes

adopten medidas tendientes a evitar su propagación y a disminuir los efectos negativos de esta conducta, calificada como degradante para la persona humana”.

Con base en tales consideraciones, la sentencia en comento desarrolla el análisis sobre la libre potestad de configuración del legislador en materia penal, sus límites en los derechos fundamentales y en el principio general de libertad y la aplicación de los mismos al caso concreto, como método para juzgar la constitucionalidad del precepto en estudio.

A partir de lo anterior, estima que es legítimo suponer que el legislador puede penalizar las conductas dirigidas a promover, estimular y patrocinar la explotación sexual del ser humano, por cuanto este oficio de suyo afrenta la dignidad de la persona humana que la ejerce, fundamento del Estado (art. 1° CP) y del derecho penal mismo (art. 1° del Código penal). Así pues, como “la prostitución es una actividad que comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, pese a la tolerancia jurídica de que es objeto, la Corte encuentra legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla”.

En lo que hace a la necesidad de sancionar penalmente la inducción a la prostitución, encuentra que si bien el derecho punitivo se enmarca en el principio de mínima intervención, cuando han fallado las demás alternativas de control como ha venido ocurriendo, la medida constituye la última ratio, la solución in extremis para alcanzar el mencionado objetivo constitucional que se persigue.

Por ello, a la hora de ejercer el control constitucional, la Corte no puede cuestionar la medida, salvo que la conducta que se sanciona penalmente “(i) no produzca un verdadero daño social y (ii) no amenace lesionar injustificadamente los derechos de otras personas y,

por contera, los derechos de la comunidad". Con base en tales reglas, reconoce la afectación social de la conducta descrita en el art. 213 del Código penal, que se aprecia grave en cuanto tal y también por ser lesiva de los intereses de la comunidad. De modo que convertirla en delito hace parte de la "franja de discrecionalidad legislativa".

Toma luego las fuentes normativas y de la doctrina de Derecho internacional que tratan la materia y de ellas concluye que, *"a juicio de la comunidad internacional, la explotación de la prostitución tiene un efecto negativo y de gravedad considerable en la sociedad"*, por lo que *"los Estados deben luchar por reducir su expansión"*, más aún cuando el control de la prostitución sirve también para reprimir actividades delictivas conexas. Todo ello "sin contar con los efectos derivados de la prostitución, cuando la misma se ejerce en condiciones de pauperización: la proliferación de enfermedades venéreas en ambientes de bajo control de salubridad; el deterioro de la integridad familiar; y, por contera, el impacto denigrante y deformador que reciben los niños".

En estas condiciones determina que "el daño social producido por la explotación de la prostitución merece ser enfrentado con medidas de punición, como las sanciones penales".

Y al momento de considerar si "la libre aceptación de quien decide dedicarse a la prostitución es una excluyente de antijuridicidad material, pues excluye [sic] la afectación de la libertad personal" y en ese sentido se presenta como resultado de una decisión libre, autónoma y voluntaria, concluye que no es admisible un tal argumento, pues "el tipo penal acusado califica el dolo no de quien opta por prostituirse sino de quien induce, sugestiona o en general promueve la prostitución o al comercio carnal, con la intención de lucrarse o de satisfacer los deseos de una tercera persona".

Lo anterior sin descontar la “falacia” que existe en la voluntariedad de la decisión de una persona al prostituirse, pues la difícil situación socioeconómica, por pobreza, conflicto armado, ansias de un futuro mejor, estimula el llegar a tal opción, que pronto la convierte en víctima de las bandas criminales organizadas que la someten.

En atención a tales alertas, observa pues que el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente para reconocer en la decisión de prostituirse, en el ejercicio de la libertad personal y en la autodeterminación sexual.

“La Corte Constitucional (2016)

“Entiende que la autodeterminación sexual puede conducir a una persona a ejercer la prostitución, pero encuentra legítimo que el legislador persiga la conducta del tercero que mediante sugerencias, insinuaciones u otro tipo de recursos obtenga provecho económico de esta opción, pues tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana”.

Por todo lo anterior encuentra que el tipo penal previsto en el art. 213 CP puede configurarse incluso sobre la base del consentimiento expreso de la víctima, en donde el sujeto activo simplemente la induzca.

No se vulnera por lo demás el principio de lesividad, cuando la norma acusada *“decide sancionar una conducta que instiga, con la intención de lucro, el ingreso a la prostitución de otra persona”*. Porque, a juicio de la Corte, es claro que lo que se pretende es

luchar “contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de cada individuo de dedicarse a ella”. Por lo mismo, es legítimo el castigo a quienes promueven la prostitución de otros, con fines de explotación, pues “las consecuencias sociales de dicha actividad suponen una agresión grave a los derechos individuales y una afrenta a la dignidad humana, cuando no una fuente de privaciones más severas de la autonomía y la libertad personales”.

Pasa por último la sentencia comentada, a valorar si la norma acusada restringe ilegítimamente derechos fundamentales como la autodeterminación sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio. O si, como afirma el actor en ese caso, la sanción prevista en el art. 213 Código penal, representa una “imposición ilegítima de una concepción moral específica, que no todos los individuos están obligados a compartir”.

Es por esto que en cuestión frente a la que aduce que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, capaz de desconocer los derechos de otros ni los derechos colectivos o de neutralizar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de otros derechos.

En este sentido, observa cómo pueden limitar legítimamente dicha libertad los deberes constitucionales de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, núm. 1), el obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (art. 95, núm. 2), y el procurar el cuidado integral de la salud propia y de la comunidad a la que se pertenece (el artículo 49, inciso final).

Lo mismo en lo que toca con el derecho a escoger libremente profesión u oficio, derecho igualmente limitable en guarda del interés general, o de evitar la lesión de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

Por todo lo anterior concluye que *“los intereses superiores de la sociedad se oponen a que un individuo pueda legítimamente explotar el reclutamiento de personas con fines de prostitución”*, más aún cuando el contexto social nacional se convierte en *“terreno propicio para que personas necesitadas recurran a la prostitución como medio de subsistencia”*.

En esa medida el art. 213 del Código penal no ofrece objeción constitucional. Y aunque se admite que *“en la realidad fáctica muchas personas pueden autónomamente escoger ese modo de vida”*, halla *“entendible que la ley busque sancionar la actividad que pretende lucrarse de su propagación e intensificación”*.

En definitiva, desde el Derecho penal se recoge un modelo prohibicionista que opera con la punición de todas las conductas destinadas a llevar a otro al ejercicio de la prostitución, sea que se obligue por la fuerza o se convenza por la inducción, sea que se actúe sobre personas sin capacidad de discernir o decidir, o frente a aquellas que pretenden actuar libremente. No hace parte de la libertad de sujeto alguno llevar a la prostitución a nadie y toda conducta destinada a tal propósito, teniendo como incentivo la percepción de lucro, acarrea responsabilidades penales. Sin embargo, como a continuación se expone, la punición no alcanza a la persona que directamente ejerce la prostitución ni a toda actividad ejercida por los dueños de locales comerciales donde la misma se practica.

4.11 Del derecho internacional y del derecho comparado, respecto al trabajo sexual

La sentencia emitida por la Corte Constitucional en 2010 para el caso Colombiano da cuenta de los principios fundamentales bajo los cuales se determinan las condiciones de

legalidad del trabajo sexual, por lo menos en el caso tutelado, el cual expone la situación de una mujer que ejercía el trabajo sexual y fue despedida de su trabajo por encontrarse en estado de embarazo, por ello la mujer exige se tengan en cuenta sus derechos laborales, siendo trabajadora sexual, actividad económica que no se había reconocido como tal por el Estado Colombiano.

El problema jurídico puede llegar a ser bastante complejo por las implicaciones a las cuales conduce, pero en resumen la Corte Constitucional plantea el principal problema jurídico son esgrimidos por la Corte Constitucional los siguientes argumentos para evidenciar la legalidad del trabajo sexual en un marco constitucional.

Igualdad. Es necesario reconocer que en la igualdad es donde se cimientan los fundamentos del Estado colombiano bajo el principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, que supone que el Estado debe garantizar una prohibición tajante a cualquier tipo de discriminación por cuenta de los rasgos propios de su identidad como raza, sexo, religión o filiación política o ideológica. Sumado a este principio el Estado debe garantizar una dimensión promocional de la igualdad material o de trato, orientado a superar la desigualdad a la que han sido expuestos grupos minoritarios.

La igualdad se fundamenta bajo las siguientes características primordiales:

- (i) En el goce de los derechos, es decir, igualdad en la ley;
- (ii) Material en el mínimo de condiciones para vivir;
- (iii) Prohibición de la discriminación, uniformidad de trato;
- (iv) Carácter relaciona!3, es decir, un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales. La igualdad debe ser real y efectiva, por parte de las

autoridades públicas y de la sociedad, en correspondencia con los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Derecho comparado. Analizando los diferentes aspectos de cada uno de los modelos normativos, se puede establecer que:

(i) Estados Unidos (a excepción de Nevada y algunos otros) son de tendencia prohibicionista;

(ii) son abolicionistas Inglaterra, Italia y Francia;

(iii) Alemania, Holanda y Nueva Zelanda conceptualizan el modelo normativo reglamentarista.

La sentencia en análisis proporciona unas conclusiones finales, respecto al derecho comparado, que comprenden:

"Pues bien, del estudio de varios regímenes jurídicos de los Estados se establecen como conclusiones principales frente al tema (...):

i) En general no hay infracción para el ejercicio individual de la prostitución, aunque restan excepciones para ciertas formas de desempeño, que aún son sancionadas.

ii) Si bien es evidente la crisis del modelo abolicionista, esto empero no va acompañado de un consenso sobre la necesidad de atribuir carácter de trabajo a la prostitución.

Y al contrario, en todos los países, salvo en Holanda, Alemania y Nueva Zelanda, la ausencia de reconocimiento jurídico de la profesión impide a las mujeres en prostitución disponer de una cobertura social completa

Entre otros aspectos. Y dado que la prostitución no constituye una infracción en sí misma, su ejercicio pertenece de modo significativo a la economía subterránea y las mujeres que ejercen la prostitución viven al margen de la legalidad.

iii) Sin embargo, el rendimiento de la prostitución se somete a tributación en la mayoría de los países porque el hecho generador del impuesto es independiente de la legalidad de la actividad.

iv) Es finalmente regla universal la prohibición y la persecución severa de la prostitución forzada de menores de edad y el tráfico de personas para el desarrollo de tal actividad"

Derecho Internacional. La tendencia a nivel Internacional es un modelo de corte prohibicionista, debido a la comisión de delitos sobre trata de blancas y la explotación de seres humanos a fin de obtener numerosos beneficios económicos.

En cuanto al Derecho europeo. Hace visible todos los modelos descritos: abolicionista, prohibicionista y reglamentarista, según sea el ámbito desde el cual se analice el fenómeno, como degradación humana relacionada con la delincuencia organizada, como condición frente a la cual los Estados europeos asumen responsabilidades y también como opción económica digna, incluso de protección judicial.

Es por esto, que el derecho Colombiano. En Colombia se toman las diversas características de cada modelo normativo (prohibicionista, abolicionista y reglamentarista),

en cuanto se compone de una tendencia mixta o ecléctica, estableciendo todo tipo de medidas.

Por otro lado, el Derecho Penal. Dentro de la sentencia se mencionan un conjunto de normas encaminadas a sancionar aquellas conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual. Pero se debe ahondar, dentro de este conjunto normativo-penal, en el Artículo 213 del Código Penal, analizado en su constitucionalidad por la Sentencia C-636 de 2009, que estableció según las consideraciones de la Corte Constitucional, bajo parámetros internacionales, que:

- (i) La punición de todas las conductas destinadas a llevar a otro al ejercicio de la prostitución, sea que se obligue por la fuerza o se convenza por la inducción, sea que este actúe sobre personas sin capacidad de discernir o decidir, o frente a aquellas que pretenden actuar libremente;
- (ii) La punición no alcanza a la persona que de manera directa, de forma autónoma e individual, ejerce la prostitución;
- (iii) Tampoco la punición contempla una sanción para las actividades ejercidas por los dueños de los locales comerciales donde la misma se practica.

Respecto a las disposiciones contempladas en el derecho penal, podemos concluir que esta parte del ordenamiento jurídico nos presenta una tendencia prohibicionista.

Y Finalmente el Derecho Polícivo. Este conjunto de normas jurídicas plantea que la prostitución es un fenómeno social reglado, considerando un modelo reglamentarista que va dirigido a proteger la salud pública, el orden social, la convivencia entre quienes practican la prostitución y el resto de la colectividad, así como en definir las zonas o ubicación geográfica

que permita el ejercicio de esta actividad, tomando como fundamento una reducción en el impacto que pueda generar.

Podemos observar que, en un punto del análisis de los dos ordenamientos jurídicos mencionados, se trata de

"Sistema dispar que bien refleja las tendencias de la tradición jurídica frente a la prostitución. Medidas prohibicionistas, abolicionistas y reglamentaritas que operan al mismo tiempo, que no siempre dialogan ni se miden según sus resultados, esto es según el nivel de protección o desprotección de los derechos y de bienes que se afectan (de los trabajadores sexuales, de sus familias, de la ciudadanía, del espacio público, de la convivencia ciudadana, de los propietarios de los establecimientos). En todo caso, se configura así un régimen animado por la pretensión de corrección del Derecho, que actúa en pos de la dignidad⁵ y la libertad y de la eliminación de cualquier forma de explotación humana y de la mujer. De allí la tensión permanente entre la tendencia a erradicar la actividad a través de la prohibición y la punición de conductas y la que apunta por otro lado a reconocer derechos para las personas que la ejercen y a legalizar explícitamente la actividad en general"

Ahora bien, con las consideraciones anteriores, la Corte plantea si la actividad a la prostitución es o no lícita, concluyendo que es lícita. Sin embargo, le determina unos límites que son: las normas imperativas y las buenas costumbres. Por normas imperativas no hay problema alguno, como ya se analizó; el problema radica respecto a las buenas costumbres. Las buenas costumbres deben observarse desde el ordenamiento jurídico imperante, es decir,

desde la normatividad que fue realizada bajo la participación directa e indirecta del pueblo; por lo tanto, las buenas costumbres es moral y la moral constitucional y legal.

Así se concluye que la prostitución es una actividad con objeto lícito, pero con límites estrechos. Lícita porque no está prohibida, pero los límites están trazados por el ordenamiento jurídico en diferentes niveles: derecho penal, urbanístico, sanitario, límites que determinan y reducen el ámbito o la esfera de la libertad, pero que no la suprimen.

En este orden de ideas la prostitución es una actividad económica reconocida por el derecho: se sustenta como actividad comercial, pues tiene registro (denominado acompañamiento y masaje) en el Código Universal para clasificar las distintas actividades económicas que se desarrollan; por lo tanto, están llamados a proporcionar tributos al Estado.

Cabe señalar que en los últimos años se ha considerado como una actividad lícita, que admite ser ejercida por cuenta propia y por cuenta ajena. Cuando es por esta segunda, se generan unas relaciones entre el dueño del local y quien realiza la actividad sexual o quien presta los servicios sexuales, produciendo bajo el principio de la primacía de la realidad la configuración de los elementos del contrato de trabajo, con todas sus consecuencias o efectos jurídicos, entre ellas su incumplimiento.

Para finalizar, se lleva a cabo un análisis del ejercicio de la actividad sexual-prostitución. Se determina que la persona en este estado es considerada, según la Carta Política, un sujeto de especial (reforzada) protección constitucional y que no debe discriminársele por ejercer dicha actividad; más aún, cuando la Constitución Nacional le brinda derechos y garantías para el ejercicio de su autonomía e independencia personal.

Por otro lado, en la sentencia no se decreta el reintegro, porque el Estado no quiere auspiciar la prostitución, pero si el legislador considera que si lo quiere reintegrar a futuro, pues no se encuentra impedimento alguno.

Teniendo en cuenta este estudio de la Corte Constitucional, se declara procedente la tutela porque es sujeto de especial protección constitucional, como mujer y prostituta, y se declara que prospera porque se acreditan los elementos que constituyen el contrato de trabajo y se verifica que fue despedida sin justa causa, por su estado de embarazo. Se reconoce la indemnización, pero respecto a las demás obligaciones laborales habrá que acudir a las instancias ordinarias laborales porque existe duda de continuidad.

4.12 Del Derecho comparado con otros países

4.12.1 La prostitución en el Derecho internacional

El tratamiento de la prostitución por parte del Derecho internacional tiene por objeto la supresión y persecución del fenómeno, en cuanto se halla vinculado con delitos como la trata de personas o la explotación de seres humanos para alcanzar cuantiosos beneficios económicos.

Así, de tiempo atrás, la Asamblea General de Naciones Unidas suscribió el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949. El convenio, de manera expresa señala en su parte motiva que la “prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. En este orden, los Estados se comprometen a “castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona,

aún con el consentimiento de tal persona; Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona” (art. 1º).

Así mismo, se comprometen a castigar las casas dedicadas a la prostitución, a provocar su disminución y represión (art. 2º). Y, en reconocimiento de la gravedad de la conducta, la convención advierte que los delitos descritos serán considerados *“como casos de extradición en todo tratado de extradición ya concertado o que ulteriormente se concierte entre cualesquiera de las Partes en el presente Convenio”*.

Se estima además a la propia tentativa como modalidad punible al prescribir que, en la medida en que lo permitan las leyes nacionales, *“serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión”*. La promoción de la prostitución es calificada como infracción y acto delictuoso (art. 4º). Se dispone sobre el compromiso de los Estados para suprimir las normas jurídicas que impongan a quien ejerce la prostitución a inscribirse en registros o a poseer documentos especiales de identificación (art.6º).

En adición, es dispuesto un catálogo importante de disposiciones relativas a la trata de personas, en donde se incluye la extradición y la cooperación internacional como reglas generales por la que apuestan los Estados parte del Convenio (arts. 8-15), del mismo modo que el adelanto de acciones internas para hacer efectivas las medidas, proteger a los sectores vulnerables de las infracciones señaladas y el compromiso de repatriar a las víctimas a sus estados de origen

Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, adoptó la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres [37]. En ésta se dispuso en su art. 6º que los Estados partes

“tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de las mujeres”.

En en el año 2000, se suscribe por la misma Asamblea, el Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que se prevé una inclusiva definición sobre trata de personas. En ella, no obstante sobresalir el constreñimiento como ingrediente propio sobre la persona víctima de la trata, no deja de reconocer cómo el consentimiento dado por la misma, no será tenido en cuenta cuando opere a través del engaño, el abuso o poder o la situación de vulnerabilidad en que aquella se encuentre (art. 3º). Así mismo, se obliga a los Estados firmantes, a establecer como delito las conductas a que se refiere el convenio, a proteger las víctimas, asistirles y otorgarles derechos, así como a establecer políticas de prevención y control (art. 5º), junto con la adopción de medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución (art. 6º)

Es que, como se anota en la sentencia C-636 de 2009 de esta Corporación, la prostitución suele estar asociada con el delito de trata de personas, expresamente condenado por la Organización de las Naciones Unidas, entre otras, en la Resolución 2118 de 2005, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005. Por esa vía, la ONU recrimina la prostitución como fuente de esclavitud, reprobada por el Protocolo para modificar la convención sobre la esclavitud, aprobado por la Asamblea General el 23 de octubre de 1953. Representa de igual modo una forma común de trabajo forzoso, reprobado expresamente por la Asamblea General en el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso aprobado en Ginebra en 195

Por ello sirven también como referencias desde el Derecho internacional sobre la materia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente en Mujeres y Niños

Así, con base en los anteriores instrumentos internacionales, encuentra la Corte en la referida sentencia C-636 de 2009, que es claro que a juicio de la comunidad internacional, “la explotación de la prostitución tiene un efecto negativo y de gravedad considerable en la sociedad. En otras palabras, que en relación con los efectos de la prostitución, los Estados deben luchar por reducir su expansión”. Y por vía del “control de las redes de prostitución”, es posible el control de “actividades delictivas conexas que también generan impacto social adverso”.

Por último, en lo que se refiere a los convenios y recomendaciones de la O.I.T, aunque no existen pronunciamientos expresos sobre la prostitución, pueden encontrarse referencias valiosas en el Convenio no. 182 de 1999, en cuyo art. 3 b.) Se encuentra la prostitución como una de las peores formas de trabajo infantil. Igualmente en los Convenios 29 y 102 y en las recomendaciones 35 y 136, en los que se hace referencia al trabajo forzoso vinculado con la trata de personas, que según estudios de la propia organización, tienen entre sus objetos la prostitución-

El Derecho internacional entonces, no ha sido ajeno al fenómeno de la prostitución que, asociado con la trata de personas, se ha reconocido como una acción dañina sobre la persona sometida, próxima a la incursión de otros delitos, pero también a la generación de consecuencias humanas y sociales, como la proliferación de enfermedades venéreas, el

deterioro de la integridad familiar y en general, de las condiciones de vida de quienes la ejercen. En esa línea, sus normas se debaten entre el modelo prohibicionista y el abolicionista, con la punición de quienes promuevan como negocio la prostitución ajena y con la imposición para los Estados de adoptar medidas preventivas y rehabilitadoras.

4.13 Algunas consideraciones adicionales desde el Derecho europeo

Muy cerca de la tendencia que muestra el contexto internacional, en la Recomendación 1325 de 1997 del Consejo de Europa se ilustró sobre la preocupación existente frente a la proliferación y recrudecimiento de la prostitución y en particular, su vinculación con grupos criminales que la aprovechaban para financiar y “extender el resto de sus actividades, tales como el tráfico de armas y de drogas y el blanqueo de dinero”. Esta, junto con otras decisiones adoptadas en los últimos años [42], ha mostrado que la prostitución se entiende como el caldo de cultivo para el desarrollo de sinnúmero de actividades delictivas, todas ellas afrentosas de la condición humana, de la libertad e integridad de las víctimas, así como de los intereses sociales.

Más, aparte de esta percepción plenamente justificada y compatible con los valores de la cultura europea, cabe destacar igualmente la postura adoptada sobre la materia, cuando se analiza a partir del Derecho comunitario y de los principios económicos que lo han inspirado.

En efecto, se habla del asunto C-268/99 mediante el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió la cuestión previa solicitada por los jueces competentes de los Países Bajos, frente a la solicitud de un número de señoras de origen polaco y checo de autorizarles permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia.

Tras analizar los acuerdos suscritos con los entonces países de la Europa del Este involucrados así como la legislación nacional neerlandesa, tras verificar que en ellos se formulaban exigencias legítimas para autorizar la circulación y residencia de personas en los países de la Unión europea a fin de desarrollar actividades económicas, entra a discutir si, como se lo planteó el juez nacional que formuló la consulta, cabía incluir dentro de las mismas a la prostitución ejercida de manera independiente.

Estimó el Tribunal a este respecto, que no se apreciaba en los referidos acuerdos, una pretensión de limitar sus efectos a ciertas y determinadas actividades. En ellos se consagra simplemente el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia, así como a establecer y gestionar empresas y el derecho a ejercer las actividades de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales.

“Por consiguiente-dice el tribunal- y sin que sea siquiera necesario abordar la cuestión de si la prostitución puede considerarse una actividad comercial, tal como afirma el Gobierno del Reino Unido, basta señalar que se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales”, es decir que “(...) está comprendida en el concepto de ‘actividades económicas’”.

Pero no se queda allí el estudio. También entró a resolver una tercera cuestión desde la cual se pretendía excluir a la prostitución como actividad económica digna de amparo por el Derecho comunitario, habida cuenta de su carácter ilegal y por razones de moralidad pública. A este respecto, recordó que, como lo había declarado en otras oportunidades, no le corresponde al TJCE *“sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente”*. Mas

agrega en seguida: *“lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de dichos Estados y, en particular, en el Estado miembro de que se trata en el procedimiento principal”*.

No está en juego, por demás, un problema de orden público que bien se podría alegar por las partes para limitar la aplicabilidad de los acuerdos, pues “para que una autoridad nacional pueda establecer una excepción de orden público es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”, en la que no cabrían discriminaciones por razón de la nacionalidad, menos aún, cuando el comportamiento reprochado proveniente de los nacionales, no es perseguido con medidas represivas o de otro tipo que resulten reales y efectivas para combatirlo.

Con base en las anteriores razones, respondió al juez nacional que con las restricciones propias a los acuerdos suscritos entre los Estados relacionados con el caso, estimaba que la persona que ejercía la prostitución podía ser considerada como titular de la libertad de circulación por territorio europeo, a los efectos de realizar actividades económicas o actividades no asalariadas. Y así, queda por tanto claro, el reconocimiento jurídico de la prostitución como actividad económica, al menos en lo que hace a su ejercicio por cuenta propia.

De este modo, en el Derecho regional europeo se hacen visibles todos los modelos descritos, prohibicionista, abolicionista y reglamentarita, según sea el ámbito desde el cual se analice el fenómeno, como degradación humana relacionada con la delincuencia organizada, como condición frente a la cual los Estados europeos asumen responsabilidades y también como opción económica digna incluso de protección judicial.

4.14 Sobre la licitud en general del objeto y de la causa de los contratos o prestaciones, según la Constitución y el derecho legislado.

La pregunta sobre la licitud o ilicitud de una actividad, tradicionalmente se ha resuelto a partir del Derecho común, en particular de lo preceptuado por el Código civil. Con todo, antes de acercarse a esta ordenación, debe la Sala establecer cuál es la respuesta que sobre el particular ofrece la Constitución, como marco fundamental para el correcto entendimiento de las leyes. En seguida, se analizará lo que éstas últimas regulan al respecto.

4.15 Licitud a la luz de la Constitución y en especial del principio de dignidad humana

Por el carácter supremo de la Constitución, por ser norma superior de la que se deriva la legitimidad de las leyes y demás disposiciones, por el valor normativo y vinculante de sus normas de principios, derechos, competencias e instituciones, debe entenderse en un todo como parámetro para determinar los alcances de la autonomía privada. Por su particular incidencia existen dos elementos constitucionales de valor esencial para absolver la pregunta sobre la licitud o ilicitud de las prestaciones: la libertad y la dignidad humana.

Ello no significa que no puedan ingresar otros bienes constitucionales a los efectos de una tal valoración; significa únicamente que son ellos los que se insertan de modo estructural en el discurso jurídico de los acuerdos de voluntades.

En cuanto al **principio general de libertad**, conforme a los artículos 6°, 16, 26, 28, 84 y 333 de la Constitución, la licitud o ilicitud de una prestación, obligación o actividad asumida o desarrollada por los particulares, estará determinada por la relación que se teja entre la

configuración legislativa dispuesta conforme a las competencias constitucionales y los ámbitos de libertad protegidos o reconocidos.

En todo caso, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y lo que en ellas no se encuentre prohibido, *prima facie* se entiende permitido.

De allí que se contemple el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los demás y el orden jurídico, que pueda elegirse libremente la profesión u oficio, que sólo una orden judicial fundamentada y con las formalidades legales pueda imponer límites a la libertad de la persona en sí misma, su domicilio, o su familia.

De allí también que para el ejercicio de derechos y actividades no se puedan establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales a los dispuestos por el ordenamiento de manera general y que también para el ejercicio de la iniciativa privada y la actividad económica no se puedan exigir más requisitos y permisos que los autorizados por la ley.

Por tanto y aunque en la definición de la licitud o ilicitud serán determinantes los derechos, bienes e intereses afectos a la actividad o al acuerdo de voluntades y a la incidencia que su ejercicio o disposición produzca en su titular y en otros sujetos, en términos generales la prestación será lícita cuando:

- i) Se cumpla con las normas jurídicas que la someten, incluido el respecto a los derechos de otros sujetos; y
- ii) Se ejerza en lo restante, conforme las facultades derivadas del principio general de libertad; a ello se agrega

iii) El criterio hermenéutico según el cual, cuando haya dudas sobre si una actividad de los particulares está prohibida o permitida, la libertad se preferirá a la restricción.

Con base en éste también llamado principio *pro libertate*, la Corte constitucional ha determinado por qué el paciente puede adoptar decisiones relativas a su salud o el individuo puede disponer *post mortem* de sus órganos útiles, por qué el legislador tiene restricciones en su poder de configuración normativa de las medidas de aseguramiento y en general de las sanciones personales, especialmente de carácter penal y disciplinario. Y, reconocido en su manifestación específica como libre desarrollo de la personalidad, también ha servido para excluir del ordenamiento jurídico restricciones a la participación en concursos y para forzar a la reclusión en lugares especializados a mendigos, alcohólicos o enfermos mentales, entre otros.

Igualmente al emplearse como pauta de interpretación, ha servido a la Corte para revocar órdenes administrativas de cierre de establecimientos o el decomiso de bienes y para declarar inconstitucionales límites a ciertas actividades comerciales destinadas a publicitarse, o exigencias como la exhibición de tarjetas o títulos para el ejercicio de ciertas profesiones u oficios.

Junto con la libertad, dentro de las fuentes de definición de la licitud del acto de autonomía privada, se encuentra la **dignidad humana** (art. 1º C.P).

Este enunciado normativo posee un significado inmenso en el ordenamiento constitucional colombiano como principio fundante, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo. En él se reconoce, a la par con su valor axiológico como *pilar ético* o presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución, su carácter de derecho por el que se protegen los poderes de decisión de los titulares de derechos fundamentales. En este sentido, garantiza “(i)

la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

Con esta definición, proveniente de la sentencia T-881 de 2002, la jurisprudencia constitucional reconoce el talante liberal, social y ético de la noción de dignidad humana, derivados de los ámbitos de autonomía que reconoce, de las condiciones que estima indispensables para ejercerla y de los valores que permiten la exclusión de ciertos bienes del mercado y de la disponibilidad de los individuos. Así precisó sobre los tres elementos:

*“De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), **la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.** Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.*

*“Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), **la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales***

condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.

*“El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), **la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa.***

*De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover **políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos**” (resaltado fuera de texto).*

Es decir que, como ocurre con el principio general de libertad, la dignidad humana asegura una esfera de autonomía y respeto a la individualidad, de condiciones materiales y de condiciones inmateriales para su ejercicio, que debe ser respetada por los poderes públicos, los particulares, así como por el titular mismo del derecho.

Conforme a los anteriores criterios, es claro que nadie se obliga ni puede ser obligado a cumplir prestación que suponga atentar contra las posiciones jurídicas *iusfundamentales* de las libertades, ni contra la dignidad propia, menos aún la de otros individuos o grupos. Tales valores se convierten en límites constitucionales definitivos a la disposición individual y al acuerdo de voluntades, pues son inherentes e inalienables.

4.16 Licitud a la luz del Derecho legislado

Desde la anterior construcción constitucional actúan las normas del Derecho civil cuando describen la materia.

Así, el artículo 1502 del Código Civil, recogiendo la tradición jurídica proveniente desde el Derecho romano, establece las condiciones de validez de las obligaciones: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

1o.) Que sea legalmente capaz.

2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) Que tenga una causa lícita”.

De los primeros ingredientes se desprende que no se crea derecho ni obligación, cuando la posición de derecho se asume por la fuerza o sin capacidad para adquirir responsabilidades exigibles. Unos requisitos subjetivos y volitivos que se hallan en consonancia con el derecho de libertad o libre desarrollo de la personalidad, con el reconocimiento a la personalidad jurídica y con el derecho que de ellos se deriva, de la autonomía privada.

Sobre los últimos conviene aproximarse con más detalle.

El artículo 1518 del Código civil (C.C.), señala que el objeto sobre el que recae una obligación debe ser física y moralmente posible y agrega que “es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

El artículo 1519 C.C. establece: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”*. En materia sucesoral, también se enuncian asuntos que no pueden ser objeto disposición, como lo establece el inciso 1º del artículo 1520 C.C. al disponer: *“El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”*. Otro tanto ocurre respecto de la compraventa, según el artículo 1521 cuando sienta: *“Hay un objeto ilícito en la enajenación:*

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”.

Y conforme al artículo 1522 del C.C., *“La condonación del dolo futuro no vale”*.

Se establece por último en el artículo 1523, que *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”*.

Ahora bien, sobre la causa de las obligaciones, dice el artículo 1524: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Finalmente, respecto otra vez de las dos nociones, dice el artículo 1525 CC.: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

En este conjunto de preceptos se encuentra pues, que el objeto ilícito es el que controvierte al Derecho público de la Nación, el que contempla prestaciones y obligaciones expresamente prohibidas por la ley o excluidas de la libre disposición de los sujetos y del mercado. La causa ilícita, por su parte, es la que tiene por motivos para celebrar el acto o contrato, razones expresamente prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres o a normas imperativas del ordenamiento.

Por esto es que se establece en el artículo 1741 C.C., que la ilicitud tanto del objeto como de la causa generan nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico, aunque como decía el artículo 1525 C.C., no se pueda repetir contra el que haya recibido.

En consonancia con la doctrina civilista, lo primero por advertir es que la licitud de la prestación o del objeto del contrato, no se desprende del bien o atribución patrimonial en sí mismos, sino de la forma como se haya calificado jurídicamente la actividad de los sujetos y el contenido de los actos de autonomía que ejecutan. Hay ilicitud del objeto, cuando se celebra un acto en el que se contemplan acciones expresamente excluidas de la libre disposición. Pero también lo hay cuando determinados bienes prohibidos por la ley son materia de un acto negocial, es decir, que se trata de bienes que están por fuera del comercio

Ahora bien, en lo que hace al contenido de la obligación, la licitud o ilicitud de la prestación o actividad y de su finalidad, dependen en sustancia del cumplimiento de las normas de **orden público o imperativo** y del respeto a las **buenas costumbres**.

El **orden público**, es entendido como las “cláusulas generales” o “principios basilares” del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad; son las *normas cambiantes* que ponen a tono el sistema jurídico con los tiempos y que encauzan la autonomía privada, según la primacía de los elementos fundantes del Estado social de derecho. Se trata, en este sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del margen que determine la Constitución, y por tanto, los derechos fundamentales y sus límites, el imperativo constitucional de tutelar especialmente a los sujetos en condición vulnerable, y, las finalidades que procura la intervención del Estado frente a los particulares.

Esta noción evidencia un valor objetivo de interés esencial para el Estado. Mas, por mandato del principio del *rule of law* en el contexto de sistemas jurídicos de Derecho europeo continental, las normas imperativas o de orden público deben tener fundamento en la ley y estar plasmadas con precisión principalmente en el Derecho legislado. Por esto, el orden

público puede ser fruto del ejercicio de competencias de Derecho público o de normas legales que imponen límites a los derechos.

De igual modo, las normas de orden público no son disponibles para los sujetos a quienes se dirigen. Porque en ellas están protegidos los bienes de mayor valor para el Estado, asegurados a través de severas sanciones, prohibiciones, mandatos y órdenes relacionadas con la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas.

Así ocurre con el Derecho penal, el Derecho policivo, las medidas administrativas de ordenación y las restantes que así se reconozcan por el legislador. Todo a los efectos de que tal Derecho imperativo concreto, evidente y correctamente establecido, permita reconocer lo que delimita y restringe los derechos y facultades de la persona y de allí en adelante, sea posible el (amplio) despliegue de sus libertades[79].

En lo que se refiere a las **buenas costumbres**, se ha dicho que con ellas se expresa “*el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales*”. Representan entonces “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social”, que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias. Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de “ventana sobre el orden ético”.

La doctrina ha entendido de diversas maneras el concepto de buenas costumbres: en algunos casos como una ética absoluta que necesita de tutela del ordenamiento, en otros a partir de los parámetros de valoración dispuestos por el derecho positivo, o una delegación deliberada del contenido mismo de dicho límite a la autonomía contractual en la conciencia social, lo que implica remontarse a un determinado contexto histórico y social.

Sin embargo, a la luz de la Constitución, estima la Sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos. También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución (art. 1º, 7º, 13) y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de “buenas costumbres” no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento, sino de un “mínimo de corrección exigido” por las “representaciones colectivas”, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios.

Este mínimo de corrección equivale en la *esfera individual*, a que la noción de buenas costumbres como elemento para definir la licitud de una prestación, obligación o acto, deba operar en un espíritu de tolerancia como forma de respetar los principios de libertad y también de diferencia y sin reñir con el Estado de Derecho y el principio *pro libertate*.

Por esto, la Corte constitucional resolvió que las buenas costumbres no pueden ser descriptor ni pertinente ni suficiente del tipo disciplinario que sanciona a un servidor público que ejecute actos contrario a ellas y también, en sede de tutela, declaró inválida la orden judicial que en razón de una moralidad no pluralista, ni tolerante, ni justificada, restringe en un espacio radial, la libertad de expresión.

Como se dijo en la sentencia T-301 de 2004, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, el concepto de moral pública sólo puede ser entendido de esta manera:

“(i) La justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio *pro-libertate*, y sujetarse por lo mismo a

un *test* estricto de proporcionalidad; (ii) la imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos; (iii) para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas – debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista^[91]; y (iv) *‘está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia’*”

Ahora bien, en la *esfera colectiva* la noción de buenas costumbres hace posible el cumplimiento de objetivos sociales constitucionales derivados de la fórmula de Estado del art. 1º CP y también hace posible reconocer la función social del contrato, su impacto en los intereses generales y en los “comportamientos honestos y leales” que se esperan de los contratantes. Son ellas el fundamento jurídico para señalar, a falta de normas de orden público, una ética contractual colectiva en beneficio de todos y que a falta de normas imperativas, como fuente para resolver los conflictos, dan forma a la prestación para satisfacer los propósitos que animaron a la suscripción del contrato, el respeto de los derechos ajenos (art. 95, 1 CP), y la realización de un orden económico justo (Preámbulo)

Bajo la anterior perspectiva la Corte ha concluido que en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta:

“(i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos”. Y también en cuanto al juez, (iv) el papel de “velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes” y en las partes (v) el sujetar su autonomía “a los parámetros éticos de la buena fe”

Es decir que la licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho público y el principio de solidaridad impreso por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de allí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios.

5. Marco Conceptual

Definición de Trabajador Sexual

Un trabajador sexual es una persona adulta (mayor de edad) en pleno ejercicio de sus facultades que, sin coacción alguna de terceras personas para ejercer esta actividad, gana dinero u otra forma de retribución mediante el ofrecimiento de un servicio sexual.¹ El término a veces se emplea como un sinónimo de prostitución, pero la mayoría de estudiosos definen "trabajador sexual" incluyendo a individuos que realizan actividades sexuales o relacionadas con la industria del sexo como medio de vida, como por ejemplo bailarines y bailarinas de striptease, teleoperadoras de líneas eróticas, actores y actrices porno² y dominatrices profesionales.

Desde el activismo llevado adelante por grupos de trabajadores sexuales, se tomó la decisión política de usar el término trabajo sexual y no prostitución, debido a las connotaciones negativas que conlleva este último.³

La “Prostitución”

La prostitución consiste en el intercambio libre y consentido entre dos individuos mayores de edad de relaciones sexuales por dinero o cualquier otro bien.

Si el intercambio no es libre y consentido, entonces deja de ser prostitución, pasando a denominarse proxenetismo o prostitución forzada, lo cual es una práctica ilegal. Una persona que ejerce la prostitución recibe el nombre de prostituta o prostituto.

La postura oficial de los gobiernos frente a la prostitución va de la prohibición total a la legalización completa, pasando por modelos ‘mixtos’ que penalizan solo al proxeneta o incluso al cliente. Socialmente se observa un amplio espectro de respuestas, que van desde el

rechazo a la aceptación. Los conceptos actuales sobre prostitución la definen como la vida inmoral con propósito de lucro. A su vez la vida inmoral fuera del matrimonio, y actos realizados que ofenden a la decencia sexual.

Otras definiciones asociadas

Trabajo: El esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza. Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento.⁵

Derecho: *“El Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia”*

Trabajo Sexual: Sexo Consentido a cambio de una remuneración.

Prostitución: Los conceptos actuales sobre prostitución la definen como la vida inmoral con propósito de lucro. A su vez la vida inmoral fuera del matrimonio, y actos realizados que ofenden a la decencia sexual.

Prostituta: La mujer que practica la prostitución (v.); la que comercia con su cuerpo, manteniendo acceso carnal o entregándose a otras satisfacciones o perversiones sexuales por precio, e indistintamente ante quien la requiera.

Proxenetismo: Actividad delictuosa del o de la que favorece la prostitución de otro en provecho propio. Profesión u oficio: Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución legal.

Actividad: Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad **Ejercicio:**

Práctica o desempeño de una profesión, oficio o arte.

Política Pública: Una política pública puede ser definida como una intervención deliberada del Estado para corregir o modificar una situación social o económica que ha sido reconocida como problema público. También suele llamarse con ese nombre a las decisiones transversales que regulan la actuación interna de los gobiernos y que están destinadas a perfeccionar la gestión pública: regulaciones que atañen a la forma en que los poderes públicos realizan las atribuciones que les han sido conferidas y que, en consecuencia, pueden llegar a determinar la eficacia, la eficiencia o la legitimidad de sus resultados.

Pero no cualquier intervención, regulación o acción pública es una política pública. Para responder a ese nombre, han de ser decisiones tomadas por los órganos ejecutivos o representativos del Estado y no por los particulares con el propósito explícito de modificar el statu quo en un sentido determinado, mediante el uso de los recursos normativos, presupuestarios y humanos con los que cuenta el sector público al menos parcialmente o como punto de partida y en un horizonte temporal razonablemente definido.

Abolicionismo: El vocablo hace referencia a la posición doctrinal en la que se coloca, en determinadas circunstancias, un grupo de la sociedad que lucha por la supresión de ciertas costumbres o leyes que, a su juicio, son contrarias al interés, a la salud física o moral de la sociedad, a ciertos principios humanos, etcétera.

Abuso de autoridad: Abusa de autoridad quien, prevaliéndose del mando y autoridad que posee, se arroga atribuciones que en rigor no se deducen de ellos. El término «autoridad» no debe entenderse en un sentido estricto, sino en uno amplio, comprensivo de aquellos poderes

o funciones que da el mando militar a todo el que por su graduación es capaz de ejercerlo en alguna forma sobre inferiores.

Legalidad: (principio de) (Derecho Administrativo) Principio fundamental de la acción administrativa, deducido del liberalismo político, a título de garantía elemental de los administrados y según el cual la administración no puede actuar sino de conformidad con el derecho, del que la ley escrita no es más que uno de sus elementos.

Garantía: (Derecho Internacional Público) Compromiso contraído por uno o más Estados de responder de la ejecución de las obligaciones internacionales de un tercer Estado, o de Mantener Determinada situación determinada.

En general, toda forma o mecanismo legal para asegurar el cumplimiento de una obligación.

6. Diseño metodológico

6.1 Tipos de investigación Investigación bibliográfica documental- análisis crítico

Investigación Bibliográfica Documental : Como un proceso sistemático y secuencial de recolección, selección, clasificación, evaluación y análisis de contenido del material empírico impreso y gráfico, físico y/o virtual que servirá de fuente teórica, conceptual y/o metodológica para una investigación científica determinada.

En particular, la investigación documental (ID) se define como una parte esencial de un proceso sistemático de investigación científica, constituyéndose en una estrategia operacional donde se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades (teóricas o no) usando para ello diferentes tipos de documentos.

La ID Indaga, interpreta, presenta datos e informaciones sobre un tema determinado de cualquier ciencia, utilizando para ello, una metódica de análisis y teniendo como finalidad obtener resultados que pudiesen ser base para el desarrollo de una investigación científica.

La investigación documental (incluyendo el estudio de documentos de casos), es una herramienta sistemática al servicio de una investigación científica específica.

Como en todo proceso de investigación, la búsqueda de fuentes bibliográficas y documentales está estrechamente asociada a los objetivos de la investigación.

El criterio fundamental para el trabajo de investigación bibliográfica y documental está dado por los objetivos específicos del proyecto de investigación, en tanto delimitan cada una de las operaciones y procedimientos que deben realizarse para alcanzar el objetivo general de ésta.

La investigación documental, se caracteriza por la utilización de documentos; recolecta, selecciona, analiza y presenta resultados coherentes; porque utiliza los procedimientos lógicos y mentales de toda investigación; análisis, síntesis, deducción, inducción, etc., porque realiza un proceso de abstracción científica, generalizando sobre la base de lo fundamental; porque supone una recopilación adecuada de datos que permiten redescubrir hechos, sugerir problemas, orientar hacia otras fuentes de investigación, orientar formas para elaborar instrumentos de investigación y elaborar hipótesis.

Al mismo tiempo, puede considerarse como parte fundamental de un proceso de investigación científica, mucho más amplio y acabado; se trata de una investigación que se realiza en forma ordenada y con objetivos precisos, con la finalidad de ser base a la construcción de conocimientos, y que se basa en la utilización de diferentes técnicas de: localización y fijación de datos, análisis de documentos y de -contenidos.

A su vez, la investigación bibliográfica permite, entre otras cosas, apoyar la investigación que se desea realizar, evitar emprender investigaciones ya realizadas, tomar conocimiento de experimentos ya hechos para repetirlos cuando sea necesario, continuar investigaciones interrumpidas o incompletas, buscar información sugerente, seleccionar los materiales para un marco teórico, entre otras finalidades.

Para este tipo de método, supone, a lo menos los siguientes pasos procedimentales:

1° en función del objeto y objetivos de la investigación, se definen los tipos de fuentes bibliográficas y documentales que se necesitan;

2° las fuentes bibliográficas y documentales se definen y clasifican en función de determinados criterios de selección;

3° se establece un procedimiento de registro de las fuentes consultadas, conforme a las normas utilizadas

Este trabajo se realiza en base a tres criterios; conforme a los criterios de selección: el criterio de la pertinencia, el criterio de la exhaustividad y el criterio de la actualidad.

El criterio de la pertinencia significa que las fuentes consultadas deben ser acordes con el objeto de investigación y con sus objetivos, en tanto en cuanto aportar conocimientos, enfoques, teorías, conceptos y/o experiencias significativas para fundamentar la propia investigación.

El criterio de la exhaustividad significa que las fuentes consultadas deben ser todas las fuentes posibles, necesarias y suficientes para fundamentar la investigación, sin excluir ninguna que aporte a los fines de ésta, permitiendo así una enumeración y/o clasificación de las fuentes consultadas, de acuerdo a sus objetivos específicos.

El criterio de actualidad, a su vez, implica que las fuentes consultadas deben ser lo suficientemente actuales como para asegurar que reflejan los últimos avances de la disciplina, los más recientes hallazgos de la ciencia y/o los antecedentes empíricos más pertinentes referidos a sucesos ocurridos en el pasado reciente o en el presente.

Según Alfonso (1995), la investigación documental es un procedimiento científico,

“Un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema. Al igual que otros tipos de investigación, éste es conducente a la construcción de conocimientos. La investigación documental tiene la particularidad de utilizar como una fuente primaria de insumos, más no la única y exclusiva, el documento escrito en sus

diferentes formas: documentos impresos, electrónicos y audiovisuales.

(P.56)

Sin embargo, según Kaufman y Rodríguez (1993),

“Los textos monográficos no necesariamente deben realizarse sobre la base de sólo consultas bibliográficas; se puede recurrir a otras fuentes como, por ejemplo, el testimonio de los protagonistas de los hechos, de testigos calificados, o de especialistas en el tema. Las fuentes impresas incluyen: libros enciclopedias, revistas, periódicos, diccionarios, monografías, tesis y otros documentos. Las electrónicas, por su parte, son fuentes de mucha utilidad, entre estas se encuentran: correos electrónicos, CD Roms, base de datos, revistas y periódicos en línea y páginas Web. Finalmente, se encuentran los documentos audiovisuales, entre los cuales cabe mencionar: mapas, fotografías, ilustraciones, videos, programas de radio y de televisión, canciones, y otros tipos de grabaciones” (p. 138)

6.2 paradigma de la investigación jurídico es pues la investigación que tiene por objeto el estudio del derecho, al realizar una investigación jurídico y que releva los estratos sociales, debe tenerse en cuenta que su especialidad radical en que el derecho ha contenido, y contiene, 3 aspectos esenciales que lo individualizan, que son;

- Normatividad
- Facticidad
- Axiología

La normatividad se refiere al ordenamiento (sin importar su vigencia) y su ciencia La Facticidad se refiere a los hechos que dan lugar al nacimiento de ciertas normas y que por tal razón, son hechos regulados por el derecho que quedan contemplados los efectos históricos y sociales

6.3 Técnicas de la recolección de datos

Universo: Todos la Población de Trabajadoras Sexuales en Colombia

Población: Mujeres Trabajadoras Sexuales y las garantías que les da el estado.

Muestra: Sentencia No. 629 de 2010 y sentencias proyecto de ley 079 de 2013 de estudio de caso para hacer velar por derechos y Garantías que ofrece el estado a las Trabajadoras Sexuales.

7. Conclusiones

El concepto o la idea que se tiene sobre la prostitución en Colombia y a nivel internacional se ha ido rezagando del matiz contemporáneo cuando se define la acción de prostituir como: "aquella a la que alguien dedica el uso de su cuerpo en la ejecución de actos sexuales a cambio de dinero". Otra concepción se tiene respecto de una gran cantidad de personas que realizan el ejercicio de la prostitución, no por dinero, sino por la satisfacción de placeres carnales o pasionales. Estas concepciones se toman descartando la coerción en la ejecución de actos para prostituirse.

Es de tener en cuenta la dicotomía que se presenta en el supuesto de aceptar la prostitución como una actividad laboral, aceptada social, cultural y jurídicamente en nuestra sociedad y, por ende, las garantías que ello representa para quienes la ejercen o, por el contrario, determinar que debido a nuestra opulenta sociedad conservadora, nuestro ordenamiento jurídico, y en especial nuestra estructura cultural y social, no está preparada para aceptar estas actividades laborales (y el reconocimiento de derechos sociales) que puedan ser reconocidas estatalmente, puesto que tal concepción va en contra del orden social imperante y de las buenas costumbres.

La prostitución es una práctica social que se ha venido presentando desde tiempos inmemoriales como forma de expresar la libertad corporal de la que dispone la persona, tanto en la actividad económica que genera beneficios al individuo en una sociedad de extrema pobreza, respecto de los recursos necesarios para subsistir de forma individual o/y en forma colectiva.

El problema es cuando surgen prácticas que tiendan a menoscabar la autonomía de la voluntad e independencia del sujeto obligado a realizar algún tipo de trabajo sexual, como en el caso de la persona que obliga a otra para que realice prácticas sexuales con el ánimo de

lucro. Una dificultad son las buenas costumbres que están relacionadas con los dogmas religiosos y morales que se deslumbran en la sociedad, puesto que estos no permiten bajo sus postulados preexistentes el ejercicio del trabajo sexual. Pero estos sucesos referidos se ven absorbidos por el principio de pragmatismo (Tirado, 2010, p. 203) y el reconocimiento de los Derechos Humanos, establecidos desde el mismo momento en que aparece la persona humana y la sociedad.

La prostitución como actividad lleva envuelta consigo una característica de continuidad histórica relevante, matizada por caracteres de discriminación bien delimitados. Conforme a ello, es que sea imperioso para el ordenamiento jurídico, ante la imposibilidad material de eliminar el fenómeno de la prostitución¹², el asumir una posición formal frente a la misma.

En primer lugar, la Postura Prohibicionista¹³, la cual comporta el estadio de mayor intolerancia -por lo menos formal- hacia el desarrollo de la prostitución, es, al fin y al cabo, una expresión evidente de la lucha abierta del ordenamiento jurídico contra la corriente social, es decir, una ejemplificación del eterno y desesperado intento de las normas por ajustar las prácticas sociales a ciertos límites establecidos, hecho que desemboca, a su vez, en una clara evidencia de la vigencia y seriedad del problema de la ineficacia en los sistemas normativos.

[Por otro lado, el modelo normativo Abolicionista, que vendría a figurarse como un grado por debajo del prohibicionismo en cuanto al nivel de intolerancia del ejercicio de la prostitución, implica aún la no asimilación legal del fenómeno, no obstante sin prohibirla de manera frontal, es decir, sin hacer regulación positiva alguna respecto de esta, combatiendo no obstante el resto de actividades derivadas o relacionadas, a fin de combatir la proliferación de la práctica.

En tercer lugar, la Postura Reglamentista, es la puerta de entrada hacia la asimilación legal del ejercicio de la prostitución como inextinguible de la sociedad, aceptando de paso la ineficacia de las normas prohibicionistas, conforme a las prácticas sociales. Es, en todo caso, el punto de partida para el abandono del formalismo moralista en fenómenos como la prostitución y la acogida entusiasta del realismo pragmático en torno al tema.

Por último, la Postura Laboral, es la aceptación total y absoluta del fenómeno de la prostitución, bastando esta para ser la carta de dimisión tácita del ordenamiento jurídico ante el ejercicio de la prostitución como práctica social recurrente e inextinguible en la sociedad. Es, en otras palabras, la resignación absoluta y la aceptación de la ineficacia de las normas, para moldear prácticas sociales tan arraigadas al cúmulo social.

Es llamativo, sin embargo, el hecho de que conforme al estudio de derecho comparado realizado por la Corte Constitucional en la T-629 de 2010, se hace evidente que los ordenamientos jurídicos y las sociedades consideradas como más desarrolladas, o de primer mundo, adopten en su gran generalidad una postura reglamentista, lo cual sería un importante indicio de la lógica inherente al desarrollo lineal de la regulación respecto a este tipo de prácticas sociales, de complejo desarrollo Cabe precisar por parte de la normatividad.

Por otro lado, no sería de extrañar que consecuentemente con este desarrollo lineal y coherente a la lógica sea la postura laboral, es decir, de adoptar como una labor u oficio más el desarrollo del fenómeno de la prostitución, la que termine por imponerse en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, otorgando incluso -contrariamente al prohibicionismo- derechos emanados del ejercicio de la actividad.

Cabe anotar que después del análisis realizado por la Corte Constitucional y llegada a la solución del caso en concreto, esta ha plasmado unos principios o, mejor dicho, un punto de partida que permitiría pasar de una mezcla de modelos normativos a un modelo legalista o

laboralista, siempre y cuando el legislador consagre y perfeccione la normatividad referente a los aspectos de la prostitución.

Esta conclusión se analiza bajo los siguientes aspectos: (i) que el ejercicio de la prostitución no está prohibida en el ordenamiento jurídico (constitucional y legal); (ii) que la misma corte considera que el legislador está facultado por su carácter creacionista de legalizar o no el ejercicio de la prostitución (carácter democrático);

(iii) que no existe impedimento respecto a las buenas costumbres, en cuanto estas están contenidas y fundamentadas en la moral constitucional, que no la prohíbe; (iv) que indudablemente es un hecho cierto en la sociedad y que poco a poco el derecho y la sociedad deberá aceptar tal suceso, principio de pragmatismo; (v) que es menester reconocer la legalidad del ejercicio de la prostitución para que se desarticulen las organizaciones criminales; (vi) lo más importante es que indudablemente se deben reconocer, como lo ha hecho la comunidad internacional, los Derechos Humanos de las personas que ejercen el trabajo sexual, Bloque de Constitucionalidad; (vii) que por ser una actividad económica el Estado hace presencia, no solo determinando los aspectos alrededor del ejercicio de esta actividad sino también en su interior, ya que el Estado recauda tributación y en contraposición los trabajadores sexuales deberían recibir derechos sociales, culturales y económicos (somos socios del Estado, no ajenos a este); y (viii) que la libertad, voluntad, dignidad, igualdad, autonomía e independencia son los derechos que permiten limitar la injerencia del Estado en la esfera física y psicológica de la persona humana, por tal razón esta puede decidir si dispone de su cuerpo como medio para ejercer el trabajo sexual.

El fenómeno de la prostitución en Colombia ha sido objeto de tratamiento directo e indirecto por distintas políticas públicas a través de su historia, las cuales han oscilado estrictamente entre la represión y la mera tolerancia reglada. En el caso de la primera,

penalizando directamente el objeto del ejercicio de la prostitución y, en la segunda, reglamentando los temas incidentales a las prácticas de prostitución, sin comprometer concepto alguno respecto al objeto principal de estas significando, a fin de cuentas, la intervención directa de las autoridades sobre el fenómeno de la prostitución, únicamente para sancionar su ejercicio en el desarrollo de políticas públicas de orden represivo, así como la intervención eminentemente indirecta e incidental respecto de la práctica social del comercio sexual, tratándose del desarrollo de políticas públicas de tolerancia reglamentista.

Es por ello que la implementación de una política pública depende de la clase de intervención que pretendieren realizar las autoridades, ya sea a modo de orientadores absolutos de las prácticas sociales y feroces guardianes de la moral pública, o a modo de regladores y vigilantes de unas justas proporciones en ciertas conductas sociales, consideradas desagradables para la colectividad.

Consecuentemente con lo anterior, nunca se ha recurrido a una política pública en Colombia destinada hacia la legalización o reconocimiento abierto del comercio sexual como actividad reiterada en la sociedad, es decir, no se ha considerado el instituir el ejercicio de la prostitución como un trabajo legítimo, fuente de derechos y obligaciones, de orden social y económico, desconociendo así, en principio, el pragmatismo en materia de políticas públicas imperante en la gran mayoría de sociedades desarrolladas y negándose, de igual manera, a lo que resulta evidente a la luz de los resultados: la imposibilidad material de extinguir la prostitución como fenómeno social en el corto o mediano plazo.

Es debido a lo anterior que las políticas públicas en Colombia, relativas a la materia del comercio sexual, han estado orientadas en la contemporaneidad fundamentalmente hacia fines criminológicos, sanitarios y urbanísticos entre otros, es decir, a penalizar desde una perspectiva prohibicionista ciertas formas y expresiones del comercio sexual en particular,

consideradas más ofensivas por la colectividad social y, a su vez, orientadas a reglar ciertos aspectos incidentales, derivados o concurrentes al ejercicio de la prostitución (Cámara de Comercio, 1991, P. 53).

Es por ello que se hace loable el explicitar que: en Colombia actualmente impera un sistema mixto de políticas públicas, determinadas por un ordenamiento jurídico y por las distintas actuaciones de las autoridades, que no reconocen el fenómeno de la prostitución directamente sino en ciertos aspectos y tras la persecución de ciertos fines. Lo cual es bien evidenciado por la Corte Constitucional al estudiar la normatividad referente al tema.

Igualmente, es bien sabido que la mixtura de políticas en materia de comercio sexual ha fracasado rotundamente, y los seres humanos involucrados en el mundo de la prostitución se hallan en una situación de mayor vulnerabilidad conforme al marco de ilegalidad o de vacío en que se halla su actividad. Indefinición política y consecuente indefinición normativa en torno a la temática del ejercicio de la prostitución, que es el elemento fundamental del problema jurídico, cabe mencionar que ha sido planteado a la Corte Constitucional en la Sentencia T-629 de 201029.

Debido a esto es que el primer punto que debiera ser tratado conforme a una política pública integral respecto al ejercicio de la prostitución, debe ser el de definir de manera clara la posición de la prostitución voluntaria en el marco jurídico y en panorama político, lo cual no puede iniciar de otra manera que con el reconocimiento explícito del fenómeno en la sociedad por parte de las autoridades³⁰. Situación que daría cabida a una progresiva asimilación de la prostitución a la actividad laboral y que abriría con ello el camino hacia el pragmatismo político en materia de comercio sexual, sin perjuicio por ello de sostener ciertas limitaciones difícilmente transables con la colectividad social.

También el Estado, frente a su responsabilidad como garante de la protección de los derechos sociales, económicos y culturales conexos con los derechos fundamentales, está obligado a proporcionar la protección adecuada a los miembros de la sociedad, con fundamentos en todas aquellas disposiciones de tipo constitucional, como: la Carta Fundamental y los tratados internacionales ratificados por Colombia; Bloque de constitucionalidad en estricto sensu o lato sensu, ya que la primera consagra todos los derechos y fines del Estado, que deben ser cumplidos de manera prioritaria por el juez³⁴, a quien le corresponde la eficacia de los derechos, en atención a evitar un perjuicio irremediable e inseguridad jurídica. El segundo permite que la creación, interpretación y aplicación de la normatividad constitucional y legal se realice con fundamento en aquellos principios y normas internacionales que adquieren rango o fuerza constitucional, (gracias a que la Constitución es un catálogo abierto y amplio de derechos) por medio de las normas de remisión que esta consagra, como son los artículos 53, 93, 94, 214, entre otros. Concluimos en que el Estado no solo es responsable por mandato constitucional, ordenamiento interno, sino que también es responsable a nivel internacional por la protección de los derechos fundamentales, económicos, sociales, culturales y hasta colectivos. *Pacta sunt servanda* de Buena fe y la *obligatio es iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei (...)* relación entre el Estado frente al particular.

Es decir, los pactos son para cumplirlos de buena fe (constitución y tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos y demás), de donde nacen obligaciones que son vínculos de derechos que constriñen [al Estado] en el cumplimiento de una prestación [dar, hacer o no hacer] en favor de otro [el particular]. Esto debido a que el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado no es una carga que tenga que soportar el particular.

La sentencia referenciada es sumamente importante en cuanto establece un precedente judicial y además abre las posibilidades de una legalización reglamentada en el ejercicio de la prostitución. Providencia de gran significado respecto a los Derechos Humanos.

8. Referencias bibliográficas

- 1 Ver Kara, S. (2010), *Tráfico Sexual, El negocio de la esclavitud moderna*. Madrid: Alianza Editorial.
2. Alcaldía Mayor de Bogotá. Acuerdo 79 de 2003, “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D. C.”. Bogotá: Registro Distrital 2799, 20 de enero de 2003
3. Amaya, A., Canaval, E., & Viáfara, E. (2005). Estigmatización de las trabajadoras sexuales: influencias en la salud. *Colombia Médica*, 36(3-Supl 2), 65–74.
4. Anderson, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993. Appiah,
5. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148, 23 de diciembre de 1993. Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887, “Código Civil”. Bogotá: Imprenta de Gaitán, 1873. Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. Bogotá: Diario Oficial No. 44.097, 24 de julio de 2000. Colombia, Congreso de la República.
- 6 Corte Constitucional. Sentencia T- 629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).
- 7 Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2007 (M.P Rodrigo Escobar Gil; 5 de marzo de 2007).
- 8 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010, M.P Juan Carlos Henao Pérez, pp. 27 y 28.
- 9 Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 (M.P Eduardo Montealegre Lynett; del 10 de octubre de 2002J que establece tres significados o conceptos respecto a la dignidad humana: (i) vivir como se quiere; (ii) vivir bien; (iii) vivir sin humillaciones.

11. Contraloría de Bogotá D.C. (2004). Estudio Sectorial: La prostitución como problemática en el Distrito Capital. Bogotá: Autor. Foucault, M. (1977). Historia de la Sexualidad (Tomo I, La voluntad de Saber). México: Siglo XXI.

12 Sentencia T-629 de 2010, p. 45.

13 En estos modelos, de manera transversal, se conciben como conductas punitivas o delitos todo tipo de prostitución forzosa. 8 Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Real Academia Española, 22a edición.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-620 de 1995 (M.P Vladimiro Naranjo Mesa; del 11 de diciembre de 2005.) "En seguida, revisa el fenómeno de la prostitución en la jurisprudencia constitucional, desde al observa que dicho fenómeno es transversal a la cultura y a la historia de las civilizaciones (...)". Es decir, no responde a situaciones coyunturales, sino a una continuidad histórica.

15 Sentencia T-629 de 2010. En el caso del ejercicio de la prostitución, considera la Corte Constitucional que es necesario desarrollar un examen estricto de igualdad frente al tema de la discriminación negativa hacia el trabajo sexual, por entender esa discriminación en particular como sospechosa de inconstitucionalidad, al comprender a grupos tradicionalmente discriminados irrazonablemente.

16. Goffman, I. (2006). El Estigma: La identidad deteriorada. Buenos Aires: Amorrortu. Guy, D. J. (1991). Sex and danger in Buenos Aires: prostitution, family, and nation in Argentina. Lincoln: University of Nebraska Press.

17. Guzmán, M. S. (2012). Prostitución y corrupción de menores vista desde el código penal colombiano de 1889 y los códigos de policía de 1886 y 1914. Historia 2.0. Conocimiento Histórico en Clave Digital, 2(1),

18. Muez, M. (20 de octubre de 2003). Entrevista a Dolores Juliano: El estigma es el principal problema de la prostitución. El país. Recuperado de elpais.com/diario/2003/10/20/paisvasco/1066678810_850215.html
- Obregón, D. (2002). Médicos, prostitución y enfermedades venéreas en Colombia (1886-1951).
19. História, Ciências, Saúde Manguinhos, 9, 161–186.
20. ONUSIDA, & OMS. (1997). Enfermedades de transmisión sexual: políticas y principios de prevención y asistencia.
21. ONUSIDA, & OMS (2007). Situación de la epidemia
22. ONUSIDA, Unicef, & OMS. (2013). Presentación de informes sobre los avances en la respuesta mundial al sida 2013: Desarrollo de indicadores básicos para el seguimiento de la Declaración política de las Naciones Unidas sobre el VIH y el sida de 2011. Ginebra: ONUSIDA.
23. ONUSIDA. (2009). Nota de orientación del
24. ONUSIDA sobre el VIH y el trabajo sexual.
25. Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia https://www.researchgate.net/publication/306372374_Contribuciones_al_debate_juridico_del_trabajo_sexual_en_Colombia accessed Mar 12 2018.
26. Kwame. La ética de la identidad. Buenos Aires: Latingráfica, 2007. Bourdieu, Pierre. Sociología y cultura. México D. F.: Grijalbo, 1984. Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”.

27. Ley 906 de 2004, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)*”. Bogotá: Diario Oficial No. 45.658, 1 de septiembre de 2004. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 16 de septiembre de 2009. M. P. Mauricio González Cuervo.

28. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-620 de 14 de diciembre de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 13 de agosto de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Colombia, Presidencia de la República.

29. Decreto 1355 de 1970, “*Por el cual se dictan normas sobre Policía*”. Bogotá: Diario Oficial No. 33.139, 4 de septiembre de 1970. Colombia, Presidencia de la República. Decreto 3743 de 1950, “*Por el cual se modifica el Decreto No. 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo*”. Bogotá: Diario Oficial No. 27.504, 11 de enero de 1951.

30. Red por el Reconocimiento del Trabajo Sexual. [redreconocimientotrabajosexual.blogspot.com.ar Documento de la Red por el Reconocimiento del Trabajo Sexual] 2 Weitzer, Ronald. 2000. *Sex For Sale: Prostitution, Pornography, and the Sex Industry* (New York: Routledge Press) 3 Avalle, G.; Brandán Zehnder, M.G (2011). «El cuerpo entre la lucha y el trabajo: el caso de las trabajadoras sexuales de la ciudad de Córdoba». *Revista Pequeño*.

Art. 308 Del Proxenetismo Código Penal Colombiano: Inducción a la prostitución. Modificado. Ley 306 de 1997, Art. 9. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, estará sujeto a la pena de dos (2) a cuatro (4) a años de prisión y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

Pereznieto y Castro Leonel, Ledesma Mondragón Abel, (2014) Introducción al estudio de
Derecho, segunda edición, editorial Harla, p.9.