

El trabajo sexual en Colombia
Una mirada desde la Sentencia T- 629 de 2010

Presentado por
Carlos Andrés Brochet Bayona
Para obtener el título de Magíster en Derecho

Asesor
Mauricio Bocanument Arbeláez

Universidad de Medellín
Fundación universitaria tecnológico Comfenalco Cartagena

2020

Contenido

- INTRODUCCION..... 3**
- 1. DE LA PROSTITUCIÓN 9**
 - 1.1 Aproximación al contexto de la prostitución 9**
 - 1.2 De los modelos adoptados para el tratamiento de la prostitución 15**
- 2. DEL DERECHO LABORAL, ORÍGENES Y LEGISLACIÓN ESPECIAL 18**
 - 2.1 Formación del contrato de trabajo y la protección legal de ciertas actividades laborales en Colombia 19**
 - 2.2 Antecedentes del contrato sexual en la jurisprudencia colombiana 23**
- 3. DE LA SENTENCIA T - 629 DE 2010 Y SUS PARTICULARIDADES..... 26**
 - 3.1 El principio de estabilidad laboral de Lais..... 28**
 - 3.2 Matices de la estabilidad laboral y el reintegro para el trabajo sexual 30**
 - 3.3 Del caso Lais y un reintegro improcedente..... 36**
 - 3.4 Cómo está la aplicación de la Sentencia T - 629 de 2010 en la ciudad de Cartagena 46**
- CONCLUSIONES..... 52**
- LISTA DE REFERENCIAS 56**

INTRODUCCION

La prostitución desde su concepción viene siendo una actividad desarrollada generalmente por mujeres, que ven en ese oficio una forma de encontrar ingresos económicos para su sostenimiento y el de su familia. También puede presentarse como producto de una situación forzada y sometida que le impide actuar con libre consentimiento. No obstante, en Colombia se han ido presentando esfuerzos normativos y utilización de algunos argumentos en sentencias de la Corte Constitucional para concebir el trabajo sexual como una actividad lícita y como tal generadora de derechos.

La Corte Constitucional al resolver las reclamaciones laborales y prestacionales de una trabajadora sexual, profirió en la Sentencia de Tutela T- 629 de 2010, toda una serie de pronunciamientos jurídicos trascendentales que transforman la naturaleza del llamado oficio más antiguo del mundo, exhibiendo de paso, posturas controversiales en torno a la moralidad que encarna tal labor.

Tal vez en el afán de aliviar las tensiones propias que giran en torno a la protección laboral de las trabajadoras sexuales y la indignidad que esa labor implica, la Corte, no concedió un pleno goce de las pretensiones incoadas por la accionante, estando entre ellas el reintegro laboral. Así, y a partir del fallo precitado, se generaron atractivos interrogantes, cuyas respuestas inciden vertiginosamente en la médula del Derecho laboral en Colombia, en los principios del Derecho Constitucional, en los conceptos provenientes del Derecho civil, (objeto lícito y las buenas costumbres) en los mandatos del Derecho internacional (Brufao, 2008), en los Derechos humanos y en asuntos de políticas públicas relacionadas con la salud y la educación.

La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, los derechos laborales de la madre gestante y derechos del que estaban por nacer, fueron, entre

otros los principios basilares de nuestro ordenamiento, sobre los cuales se tejió el tapiz en el que se desarrolló el caso de Laís contra el Bar Pandemo (nombres ficticios dados a la trabajadora sexual y al demandado respectivamente). Así que, para adentrarse en el asunto a decidir, la Corte previamente gestó un estudio detallado de los distintos modelos jurídicos vigentes relacionados con el “manejo y control” de la prostitución en otros países, con el propósito exclusivo de ubicar jurídicamente el modelo desarrollado en nuestro país y con ello dar una respuesta clara frente a la ilegalidad o no de tal labor.

El análisis de la innovadora sentencia llevará a colegir que el debate trasciende de lo moral a lo legal pero a su vez arrojó una serie de interrogantes que serán abordados dentro del presente trabajo: ¿La decisión del fallo estuvo notablemente incidida por el embarazo de Laís?, ¿Por qué el máximo tribunal Constitucional, a pesar del reconocimiento de derechos laborales, se abstuvo de ordenar el reintegro laboral de la señora Laís a la labor que venía desempeñando?, ¿Tendrá la inducción a la prostitución, alguna línea delgada interpretativa e invisible que permita distinguirla de una sugerencia o una invitación,?, ¿Son todos los dueños de los bares o de estos sitios dedicados a ofrecer servicios sexuales potenciales infractores de las normas penales al inducir a ésta actividad?, ¿Podría generarse un contrato laboral entre el cliente y la trabajadora cuando ésta presta su servicio por cuenta propia? ¿Al referirse la Corte, a condiciones de “dignidad y libertad del trabajo sexual”, “subordinación limitada” y “ausencia de inducción por parte del empleador”, está adicionando nuevos requisitos o condiciones” para demostrar la existencia de un contrato de trabajo sexual? ¿Qué significa estabilidad laboral “precaria” de una trabajadora sexual?, ¿Se estimuló, a partir del fallo precitado, el trabajo sexual en Colombia?

Si bien hay expectativas normativas para regular el trabajo sexual en Colombia, no es menos cierto que Sentencias como la T-629 de 2010, la T-636 de 2015, la T- 073 de 2017, SU 062 de 2019, y preceptos legales como el Código Nacional de

Seguridad y Convivencia ciudadana (Ley 1801 de 2016) han abordado el ejercicio de la prostitución desde una perspectiva comercial, laboral lícita.

Así por ejemplo en la exposición de motivos del proyecto de ley 079 de 2103, mediante el cual se pretendió reglamentar el trabajo sexual, se advirtió: “Este proyecto de Ley, denota una relevancia notoria dentro de un Estado Social de Derecho, como el que se implementó en Colombia por obra del constituyente de 1991, volviendo los criterios axiológicos en verdaderos mandatos de optimización permanentes como lo sostiene el maestro Robert Alexy, que cumplen un papel protagónico e indeclinable, merecedores de una protección especial por parte del Estado en su promoción, seguridad, y garantía real y efectiva en su ejercicio.”

Con todo, para otros actores políticos y sociales, además de ser un trabajo inmoral e indigno, los resultados del fallo que se aborda en este trabajo podrían estar estimulando y auspiciando todo el negocio ilícito que se gesta alrededor de la prostitución, dándole sustento a los hechos relacionados con la inducción a la prostitución, la trata de personas y cualquier otra forma de esclavitud sexual. Bolaños (2009) señaló: “La prostitución no es una institución femenina, es controlada por hombres y mantenida mediante la violencia; si bien a una pequeña escala local puede ser, a veces, un negocio consensuado sobre el que la mujer ejerce un cierto control, la realidad demuestra que se trata de un grupo minoritario, de apenas un 5%, donde la mujer tiene libertad de Consentimiento” (p.2).

Sobre la dignidad de las trabajadoras sexuales, y la licitud del contrato de trabajo, la Magistrada de la Corte Constitucional, Cristina Pardo S, en aclaración de voto a la Sentencia SU 062 de 2019, indicó: “A juicio de la suscrita, la ganancia económica que percibe una persona por la prestación de los servicios sexuales de otra contradice el principio de dignidad humana en el que está fundado el Estado colombiano. El contrato de trabajo conforme al cual se contratan por el empresario los servicios sexuales es un contrato cuyo objeto es ilícito, pues no es posible

entregar la libertad e intimidad sexual bajo continuada dependencia y subordinación de otro, sin desconocer el principio de dignidad humana que preside la organización política. Un contrato de trabajo así convenido ubica a la mujer en el mundo de las cosas, del mercado, de los negocios, y prescinde de otorgarle el trato que la dignidad humana exige”.

Se estima que, a partir del pronunciamiento de la Corte, Colombia ha entrado a cambiar el modelo o enfoque tradicional que se ha tenido sobre el trabajo sexual, implicando un cambio de óptica en la concepción de este oficio. Por lo tanto, resulta pertinente el estudio de la prostitución como actividad generadora de derechos laborales, además de otros problemas conexos o asociados de tipo penal, policivo, de salud pública, entre otros.

Con el trabajo desarrollado se pretendió hacer un análisis de la situación jurídica del trabajo sexual en Colombia a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional T-629 de 2010, identificando los argumentos jurídicos que estimó la Corte Constitucional para declarar la existencia del contrato de trabajo entre un establecimiento de comercio y una trabajadora sexual. Asimismo, y para tratar de ejemplificar un tipo de seguimiento que se puede hacer al seguimiento de los derechos reconocidos por esta Sentencia, se presentan algunas indagaciones que se hicieron a algunas autoridades de la ciudad de Cartagena, por la cercanía que tiene el autor con este territorio, además de ser un foco importante del ejercicio de la prostitución en el país.

Para lo anterior se tomó como fuente principal de consulta la Sentencia T -629 de 2010, como quiera que ha sido el punto de partida para la declaración de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales en Colombia. Además de los argumentos señalados en las Sentencias T-736 de 2015 y T-594 de 2016, T 073 de 2017, SU-062 de 2019, sin desconocer las disposiciones de la Constitución Política de Colombia, los tratados y convenios ratificados por el Estado Colombiano, el

Código Sustantivo del Trabajo, y desde el punto de vista comercial, policivo y reglamentario lo señalado en la ley 1801 de 2016.

Ahora bien, como quiera que en la obiter dicta de las sentencias antes relacionadas se acuden a escenarios internacionales para comprender y comparar el fenómeno de la prostitución, en el presente trabajo se acudió a otras fuentes para analizar sus orígenes, las realidades, los modelos de tratamiento desde el punto de vista gubernamental, y demás aristas que la envuelven para culminar con el abordaje doméstico. En especial con el tratamiento desde el derecho laboral, sus requisitos de formación contractual, beneficios prestacionales y lo que se está evidenciando en la actualidad a partir de lo emanado por el Órgano rector del trabajo internacional (OIT) y por el Ministerio del Trabajo.

Con lo anterior el trabajo resulta de tipo descriptivo, y el análisis de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T -629 de 2010 se hizo mediante la recolección de datos (conceptos, normas, informes, etc.) relacionados con el trabajo sexual. Para tal efecto, se acudió a las distintas fuentes de información del orden Constitucional, del orden laboral colombiano, y las de carácter internacional que hayan sido tenidas en cuenta por el tribunal constitucional para resolver el problema jurídico planteado.

Teniendo en cuenta los resultados se evalúa la concepción legal, jurisprudencial y doctrinal del contrato de trabajo, su formación, sus elementos comunes y esenciales, para culminar con la descripción del nuevo horizonte presentado para este tipo de relaciones jurídicas asimétricas. Concretamente se acudió a diferentes fuentes formales y materiales del derecho (por contener aristas sociológicas, jurídicas, filosóficas, políticas y sanitarias), revisándose los argumentos encaminados a describir y debatir, lo concerniente a la formación del contrato de trabajo sexual en Colombia y específicamente a las condiciones o requisitos esgrimidos por la Corte Constitucional que se sobrentienden en la formación

contractual pero, en este caso, se estiman como esenciales: la “dignidad y libertad del trabajo sexual” para la trabajadora, la “subordinación limitada” y la “ausencia de inducción” por parte del empleador.

1. DE LA PROSTITUCIÓN

En este primer capítulo se abordarán algunos aspectos que permiten un cierto acercamiento a la prostitución como situación que se presenta en la sociedad desde dos variables: las necesidades económicas de quienes la ejercen y desde la situación de explotación por parte de terceros. De igual manera se describe de forma general construcciones normativas para afrontar esta situación, incluyendo organismos multilaterales.

1.1 Aproximación al contexto de la prostitución

La prostitución, ha sido catalogada popularmente como el oficio más antiguo de la humanidad; la fuente más consultada para afirmar lo anterior parece yacer en la Biblia: “No es posible ubicar un momento exacto para el nacimiento de la prostitución como actividad. Quizá una de las mejores pistas que se tiene son los Libros de Moisés, conocidos así en la tradición judía y compilados dentro del pentateuco de la Biblia católica, escritos alrededor del 800 A.C. Allí, se encuentra la historia de Tamar, nuera de Judá, quien se cubrió su rostro y se disfrazó de prostituta para hacerse embarazada por su suegro. Asimismo, también se encuentran las primeras prohibiciones escritas en relación con el trabajo sexual en libros como el Levítico y el Deuteronomio” (Corte Constitucional, Sentencia T-073 de 2017).

Básicamente, la prostitución se refiere a las actividades desplegadas en su mayoría por mujeres a través de la cual se ofrece su cuerpo a un hombre o mujer, a cambio de una suma de dinero u otro fin que genere lucro. El origen de ésta actividad como comercio sexual y el fenómeno social en que se ha convertido mundialmente, ha hecho que los Estados y los organismos internacionales construyan políticas para combatir éste oficio, no solo por lo nocivo que pueda resultar para la salud de las que trabajadoras y los clientes, sino también por factores asociados a la indignidad que representa el oficio, los delitos que se gestan en torno a ésta actividad y los

efectos económicos que produce de los cuales no se tienen cifras exactas por lo clandestino que resulta el mercado:

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 (Corte Constitucional, Sentencia T – 073 de 2017, p. 35).

Esto hace que se requieran ingentes esfuerzos por determinar políticas públicas orientadas a erradicar la prostitución, sin que ello implique la inobservancia de los derechos laborales para quienes desempeñen tales oficios. No analizarlo desde esta faceta, implicaría una doble discriminación hacia las trabajadoras sexuales.

El Derecho laboral contiene desde su esencia histórica e internacional, un conjunto de preceptos, que buscan la protección efectiva de los derechos de los trabajadores en torno a sus garantías mínimas, y, en obediencia a los principios y valores expuestos en la parte dogmática de nuestra Carta Política y a los presupuestos de la OIT, encontrar el equilibrio en las relaciones entre empleadores y trabajadores. En Colombia, el trabajo sexual siempre estuvo al margen de cualquier protección legal hasta antes del fallo proferido por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T - 629 de 2010.

Los debates en torno a la “inmoralidad” que la labor sexual representa, pasaron a un segundo plano, otorgándole importancia al aspecto jurídico derivado de la relación de trabajo legal existente entre una “trabajadora sexual” y el establecimiento para el cual prestaba sus servicios. La moral o la moral social, como “un valor que involucra a toda la comunidad y cuya prevalencia es, por tanto, de interés general” (Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1995), no iría a convertirse en el obstáculo que le permita a un hecho sociológico, histórico y cultural, el reconocimiento de derechos para quienes lo desempeñan, máxime cuando éste grupo de trabajadores siempre ha estado discriminado, de tal suerte que no poner un tapujo a las constantes violaciones de derechos laborales de las trabajadoras sexuales, constituye a su vez la perpetuación de dichas vulneraciones.

Así, como se profundizará en el próximo capítulo, el Máximo Tribunal Constitucional de nuestro país, para darle validez a la relación jurídica, además de verificar la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, como elementos comunes de todo contrato, y de la prestación personal, la subordinación y la remuneración, como elementos esenciales del contrato de trabajo, se analizará si la Corte Constitucional exigió, adicionó o condicionó la existencia del contrato laboral bajo otros supuestos de hechos necesarios: “la ausencia plena de inducción a la prostitución, el desarrollo de las prestaciones sexuales bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador, y la existencia de una subordinación “limitada” por parte del empleador” (Corte Constitucional, Sentencia T- 620 de 1995).

Para algunos la decisión tomada por la Corte en el despliegue interpretativo realizado en la sentencia ejusdem, nos pone en un plano de incertidumbre jurídica, no solo porque al tiempo que protege los derechos laborales de una trabajadora sexual, exhorta a la erradicación de la prostitución como labor que mancilla la dignidad.

La lucha por legalizar la prostitución se asemeja en muchos vértices a la que se pretende con la legalización de las drogas, y como tal no existe un consenso local ni mundial al respecto que permita tomar decisiones políticas unívocas. Aquí también como el caso de las drogas, se está cambiando el enfoque sancionatorio y persecutorio, por el de uno comprensivo y de apoyo a la víctima del flagelo, llevándola hacia la rehabilitación. Razón por la cual se requiere confluir en medidas sanitarias y de salud pública, máxime si dentro del problema generado un alto porcentaje de trabajadoras sexuales son víctimas de numerosos delitos.

Es por ello que, muy frecuentemente, nacen proyectos y programas adelantados como políticas públicas donde ONG, entidades estatales, fundaciones, que van de la mano con la erradicación del trabajo sexual como medida de protección a grupos abiertamente vulnerables: mujeres y niñas, logrando la protección de éstas:

Cuatro millones de mujeres y niñas son ofertadas en el mercado mundial de la prostitución. Cada año ½ millón de turistas sexuales llega a Tailandia, a los que hay que sumar los 4,6 millones de tailandeses que hacen uso sexual de las mujeres. En nuestro país, se estima, que 1.200.000 hombres acuden a diario al mercado prostitucional (Rocha, 2015, consultado en <https://prezi.com/q-4hkv7e-8us/prostitucion/>).

A nivel orbital nos topamos con legislaciones que adoptan modelos represivos como el sueco donde según Bolaños (2009) tratan la prostitución como una forma de violencia contra las mujeres, y que para Tirado (2011) son legislaciones reglamentistas. En Colombia, después de la Sentencia T -629 de 2010 se entró a desarrollar una nueva concepción acerca del trabajo sexual y su protección laboral.

En relación con el turismo sexual en Colombia, y más específicamente en Cartagena de Indias como principal centro turístico, se advierte un crecimiento vertiginoso del citado fenómeno, sin que a la fecha se vean soluciones prontas y eficaces para detenerlo. En las conclusiones del Proyecto para prevenir la

explotación sexual, comercial de niños, niñas y adolescentes en el contexto de viajes y turismo, se afirmó:

A pesar de las múltiples acciones llevadas a cabo en Colombia y específicamente en Cartagena, para luchar contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, los esfuerzos concretos para hacer frente a ésta vulneración de derechos en el contexto de viajes y turismo, han sido incipientes. Concretamente en Cartagena de Indias, en marzo de 2006 se firmó por parte de diferentes gremios del sector turístico de la ciudad, un código de conducta en el que rechazan el turismo sexual y se comprometen a tomar medidas, para contrarrestarlo desde su ámbito de acción. Lastimosamente no hubo seguimiento frente a éste código y los mismos operadores han reconocido que las acciones desarrolladas han sido muy pocas, aisladas y sin impacto sostenible (Fondo de gobernabilidad derechos y protección de la niñez, Agencia Canadiense para el desarrollo Internacional ACDI- Programa Colombia. Recuperado de: <https://fundacionrenacer.org/la-muralla-soy-yo-2/>).

Por otra parte y atendiendo al nexo Prostitución y salud, en un estudio realizado dentro del Proyecto VIH Fondo Mundial denominado Fortalecimiento de la capacidad institucional y comunitaria para la oferta de servicios de calidad y la reducción de la morbi-mortalidad por VIH/Sida en grupos de alta vulnerabilidad en Colombia, se reflejan importantes resultados en el cual se evidencia una relación natural entre la prostitución y enfermedades de transmisión sexual, en éste caso VIH/Sida, sino también por los datos estadísticos derivados del trabajo de campo llevado a cabo en cinco ciudades de Colombia, en torno al acceso a la salud, educación, etc. de las trabajadoras sexuales:

En términos generales, se puede decir que las mujeres trabajadoras sexuales en las cinco ciudades tienen en promedio 32 años de edad, son solteras, se encuentran en los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3, y cuentan con un máximo nivel educativo de secundaria, características sociales y demográficas similares a las encontradas en estudios semejantes.^{1, 2, 12, 13, 14}. Con respecto al acceso a los servicios de salud, se encontró que entre el 10% y el 20% de las mujeres trabajadoras sexuales en las cinco ciudades no tenía tipo alguno de afiliación al SGSSS, porcentaje superior al divulgado por los medios de comunicación para la población general colombiana. El 34% de las mujeres en Bucaramanga tenía carta de vinculación asignada a la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda —que hace parte de la fase de transición al régimen subsidiado—, menos de la mitad de las mujeres se había realizado la citología en el último año, la mayoría usaba el condón como método de planificación y menos del 40% se había realizado la ligadura de trompas. Todo lo anterior es un llamado de alerta, puesto que se ha evidenciado que el bajo acceso a

los servicios de salud preventivos se encuentra asociado indirectamente a la epidemia de VIH entre las mujeres trabajadoras sexuales (Proyecto VIH Fondo Mundial, 2012. Fortalecimiento de la capacidad institucional y comunitaria para la oferta de servicios de calidad y la reducción de la morbi-mortalidad por VIH/Sida en grupos de alta vulnerabilidad en Colombia, en cinco ciudades, p, 93).

La OIT por su parte ha tomado partido. ¿Será que podrá incluir el trabajo sexual en su programa de TRABAJO DECENTE? En 1998 fue galardonado en la Feria del Libro en Frankfurt, un Informe de la OIT sobre el trabajo sexual. Para muchos ésta ha sido el germen para la legalización del trabajo sexual en el mundo, aunque la misma autora del Informe lo haya desmentido:

...el informe afirma también de forma categórica que no incumbe a la OIT tomar una postura en cuanto a si los países han de legalizar o no la prostitución. Según Lin Lean Lim, «el reconocimiento de la prostitución como sector económico no significa que la OIT esté pidiendo la legalización de la prostitución (FRANCFORT, Noticias de la OIT, 2008, Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008942/lang--es/index.htm).

Asimismo, se acota un estudio de Bolaños (2009) en donde se revela la actual posición de la OIT: “En un reciente estudio la OIT afirma algunas personas entran al mercado de la prostitución por decisión propia o por reafirmar su libertad sexual, otras lo hacen como consecuencia de presiones económicas o por falta de alternativas y otras son obligadas a hacerlo mediante engaño, violencia o el chantaje de una deuda”.

Es en este escenario en donde nuestro país está dando pasos para su legalización; a parte de la sentencia mencionada, se están gestando proyectos de ley que permiten el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras sexuales como cualquier otro trabajador, al tiempo que se persigue desestimular el negocio; por ejemplo, pensando en multar, a los consumidores o clientes y proteger a las ahora consideradas víctimas de este flagelo.

1.2 De los modelos adoptados para el tratamiento de la prostitución

Los derechos laborales de las trabajadoras sexuales comenzaron a ser visibles en el contexto internacional, especialmente durante el siglo XX:

El Derecho internacional se ha preocupado por la prostitución, especialmente a partir del siglo XX. En la actualidad, como ya hemos citado más arriba, cabe destacar la Convención de la ONU de 1949, de carácter netamente abolicionista y que supuso el cierre de burdeles en numerosos países. En el ámbito del Consejo de Europa, se aprobó el Convenio para la Acción contra la Trata de Seres Humanos, adoptado por el Comité de Ministros el 3 de mayo de 2005. Dado que la prostitución es ejercida frecuentemente bajo la acción de redes transnacionales de crimen organizado, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, cuyo llamado Protocolo de Palermo establece una serie de importantes consideraciones al respecto (Brufao, 2008, p.15).

De esta manera, los modelos adoptados para tratar la prostitución son prohibicionistas, abolicionistas, reglamentistas o legalistas que se han generado al interior de los Estados dependiendo de factores culturales y políticos (Rey, 2004) y que Tirado (2010) extrae de forma diáfana, agregando, además, la reciente protección laboral:

El tema de la prostitución ha ido 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 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 (Tirado, 2010, p.139).

Por su parte, tales modelos han sido también señalados por nuestra jurisprudencia:

En ese sentido, es importante destacar que hoy se habla de tres modelos que enmarcan la forma en que los Estados tratan la prostitución: (i) El modelo prohibicionista excluye el comercio carnal, de modo que el Derecho lo contempla, pero para prohibirlo y sancionarlo. En este marco son punibles todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual, esto es, tanto la conducta sexual de la persona prostituida, como la de quien participa de la explotación económica de la actividad, mientras que los clientes suelen ser entendidos como víctimas de los anteriores. El bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres. Este modelo ha sido adoptado por Estados Unidos, Suecia e Irlanda, y puede ser visto de dos formas. Una prohibición absoluta que sanciona tanto al cliente como a quien ejerce la prostitución y un neo-prohibicionismo que castiga únicamente a quien solicita el servicio, tal y como lo estableció Suecia en 1999. Sin embargo, este sistema ha tenido problemas, como seguir tratando el sexo como un tabú, promover la prostitución clandestina, no tener medios de control a situaciones de salubridad y el surgimiento de formas de explotación sexual a través de organizaciones ilegales[31]. (ii) El modelo abolicionista pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Lo que se elimina no es el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y por tanto de regulación normativa. Su fundamento se ha encontrado en la necesidad de proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres. De tal suerte, se excluye la punición de la actividad individual, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales. En ese sentido, se castiga la explotación de la prostitución y la inducción en la misma, considerando que esta es una violación a la libertad de quien se prostituye, quien en principio no haría tales actividades de forma voluntaria. La representación y práctica de este modelo puede verse en Italia, Inglaterra y algunas comunidades de España, también se ha propagado por otros países de Europa. Presenta los mismos inconvenientes que el prohibicionismo, con el agravante de que en la práctica no se observan verdaderos castigos y persecuciones en contra de quienes explotan este tipo de negocios. (iii) El modelo reglamentista, difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica y localización delimitada de la actividad, a fin de disminuir el impacto que producen en el funcionamiento de la ciudad y en el desarrollo de los objetivos públicos urbanos (Corte Constitucional, Sentencia T-073 de 2017).

Ahora, desde una óptica de los Derechos Humanos y los organismos multilaterales, se encuentran dos vertientes: la orilla que ve a la prostitución como una afrenta a la

dignidad humana por cuanto se cosifica el cuerpo de la mujer, con el peligro a su explotación y desde la otra orilla se ve la necesidad de proteger los derechos de la trabajadora sexual como se protegen los de cualquier otro trabajador.

Hacia la segunda mitad del siglo XX comienza a abordarse la prostitución como una faceta del trabajo sexual. (Heim, 2011) citado por Montoya Restrepo y Morales Mesa expresa: “El uso de esta expresión se origina en la década de 1970, en el ámbito de las asociaciones de prostitutas y al campo académico se traslada y desarrolla a partir de finales de la década de 1980. El concepto de trabajo sexual incluye tanto el de prostitución, entendida como intercambio consensuado de sexo por dinero, como el de una amplia variedad de trabajos de contenido sexual que van más allá de la prostitución” (Montoya Restrepo, Morales Mesa, p. 64).

Por su parte Amnistía internacional a través de sus voceros ha señalado la necesidad de evitar que las trabajadoras sexuales sean expuestas a la discriminación y el rechazo. Así ante la pregunta

¿Por qué necesita Amnistía Internacional una política para proteger los derechos humanos de las trabajadoras y los trabajadores sexuales? se responde: Porque las trabajadoras y los trabajadores sexuales están muy expuestos a sufrir abusos contra los derechos humanos en muchos países del mundo. En nuestra política se indica lo que los gobiernos deben hacer para protegerlos mejor (Preguntas y respuestas: política para proteger los derechos humanos de los trabajadores y las trabajadoras sexuales, Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/qa-policy-to-protect-the-human-rights-of-sex-workers/>).

El debate se cierne por la dicotomía que parece existir entre una vertiente y otra. Así se evidencia en la explotación que subyace bajo esta actividad y que el Protocolo de Palermo resalta en su articulado. Para Restrepo (2018) el artículo tercero determina, por una parte, que la trata siempre tiene fines de explotación, de ahí que una de las formas es “la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual” y, por otro lado, indica que las víctimas carecen de agencia en cualquier caso de “explotación intencional”. El mismo Protocolo, por vía de la

noción de explotación, establece una íntima conexión entre la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena y la idea de que nadie puede consentir a su propia explotación.

2. DEL DERECHO LABORAL, ORÍGENES Y LEGISLACIÓN ESPECIAL

Se hace necesario realizar un breve contexto histórico acerca del surgimiento jurídico del derecho laboral en el mundo y su evolución en Colombia, por cuanto ello incide, inexorablemente en el concepto moderno del Derecho laboral, los elementos del contrato de trabajo bajo criterios de dignidad, libertad y explotación en un Estado Social de Derecho, la estabilidad laboral reforzada, entre otros asuntos que serán tenidos en cuenta por la Corte Constitucional en la sentencia T 629 de 2010.

Como principal fuente de vestigios formales universales jurídicos, se tiene que el Derecho Romano fundamentó las bases del derecho civil moderno y de éste despuntó el derecho laboral, específicamente de lo que era tratado como un contrato de arrendamiento de servicios, denominado en latín: *Locatio Conductio Operarum* (Obando, 2007). Pero es solo hasta la Revolución Industrial, surgida en la zona insular del norte de Europa, cuando el Derecho laboral empieza a desprenderse del cordón umbilical civilista.

El poder del capitalismo, reflejado en el maquinismo (Sistema productivo que surge con la Revolución Industrial), su objetivo consiste en sustituir progresivamente la fuerza humana por la que desarrollan los movimientos industriales europeos. Se impone una nueva ordenanza en las relaciones laborales de la Europa septentrional; la máquina de vapor y la máquina de hilar. Por ejemplo, fueron reemplazando poco a poco las tareas realizadas por los humanos e hicieron necesario un alto grado de especialización de los trabajadores de la respectiva industria (Campos, 2003).

Fue así como, bajo un esquema de protestas laborales concebidas en Europa y neonatos movimientos obreros como el Luddismo, se generaron fuertes ecos en la protección de derechos a los trabajadores acudiendo, en principio, a la paralización de las labores, con la destrucción de las máquinas. De esta forma también surgieron los conceptos relacionados con protestas colectivas muy conocidas como el sabotaje y el boicot.

Casi un siglo después, en Colombia se empiezan a erigir movimientos obreros significativos y determinantes para el Derecho laboral, pero que desafortunadamente confluyen en episodios trágicos como la masacre de las bananeras (Archila, 1999), otros intentos positivos como la reforma agraria campesina de 1936, y la injerencia de la OIT en el derecho interno, hechos que a la postre vinieron a fortalecer el derecho del trabajo hasta el punto de inflexión y flexibilización que ha sufrido en los últimos años como producto de política neoliberales que han lastimado la esencia protectora del derecho del trabajo, profiriéndose normas como por ejemplo la Ley 789 de 2002 que redujo las indemnizaciones y casi que termina por desaparecer el recargo nocturno. Sin embargo, autores como Jaramillo (2010) consideran que después de los procesos de flexibilización del derecho laboral en la mayoría de los países de América Latina, este ha experimentado cambios garantistas.

2.1 Formación del contrato de trabajo y la protección legal de ciertas actividades laborales en Colombia

Teniendo presente que en este trabajo se aborda una sentencia que declara la existencia de un contrato laboral, se torna necesario señalar mínimamente los elementos comunes y esenciales del contrato laboral, máxime si la Corte menciona ciertas condiciones para que se den este tipo de contratos con trabajadoras sexuales.

La formación de todo contrato o convención, incluso un contrato laboral, se erige sobre las normas del código civil, y específicamente por el artículo 1494. Por su parte, el artículo 1495 del mismo código, define el contrato o convención como: “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Desde luego que, la declaración de la voluntad de los contratantes debe ceñirse a los requisitos expuestos por el legislador y sin los cuales, el contrato carece de validez. Así entonces, ya se trate de un contrato de compraventa, de arrendamiento, de sociedad o uno de carácter laboral, el artículo 1502 del código civil señala cuáles son los requisitos que deben concurrir para obligarse:

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. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En este punto se torna ingente hacer referencia a 2 aspectos determinantes que aborda la Corte Constitucional y que serán afrontados en la parte final de este capítulo. El primero de ellos, está relacionado con el tema de la voluntad o el querer libre y espontáneo de las trabajadoras sexuales para ofrecer su servicio (La Corte lo tomó como una falacia) y el segundo, está relacionado con el objeto ilícito o no de la actividad sexual ofrecida, lo cual estuvo siempre cuestionado incluso, por los jueces de instancias. De allí que, la existencia de los requisitos comunes expuestos (capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita) vienen a constituirse en *conditio sine qua non*, para todo contrato sin importar su naturaleza, entre ellos el contrato laboral.

Por su parte en el plano laboral, por contrato de trabajo se entiende aquel por medio del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración (Código sustantivo del trabajo, art.22). El legislador

colombiano ha previsto una serie de elementos diferenciadores a partir de las de las actividades que desempeñen los trabajadores.

Así, el Código Sustantivo del Trabajo, en su título III, señala condiciones prestacionales, de horario y descanso distintas, dependiendo de la labor que sea desempeñada por el trabajador; esta diferenciación razonable obedece a la índole de la actividad desarrollada, razón por la que se consideró crear una clasificación interna capaz de proporcionar un sistema más equitativo dependiendo de circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el trabajador ejecute su labor.

Es así que, por ejemplo, se hable de trabajadores a domicilio: “ Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador” (Código sustantivo del trabajo, artículo 89), agentes colocadores de pólizas de seguros: “Son agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización”, profesores de establecimientos de enseñanza particular: “El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar” (Código sustantivo del trabajo, artículo 94).

Este tipo de discriminación positiva tiene su génesis en la necesidad de redistribuir equitativamente y de mejor manera, la protección a cada labor en particular. Esto porque, por ejemplo, no perciben el mismo riesgo laboral quien trabaja en la actividad de la construcción, a aquel que desarrolla un trabajo de secretaria de colegio; como tampoco representa el mismo riesgo, la tarea desempeñada por un profesor que labora en una escuela o universidad, a la que genera una auxiliar de enfermería expuesta al continuo trabajo con Rayos X. De ésta manera, el empleado que está expuesto a los rayos X, presenta un riesgo “inminente” a su salud, razón

por la cual sus vacaciones se disfrutaban de forma distinta: “Los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada seis (6) meses de servicios prestados” (Código Sustantivo del trabajo, artículo 186).

Desde luego que, al legislador no le fue posible abarcar todas las actividades laborales desarrolladas por el ser humano, para determinar un tratamiento diferenciador protector en cuanto a sus descansos, prestaciones y salarios, y menos aún, pudo el legislador prever (desde la época que se expidió el código del trabajo que una “faceta de la prostitución” tuviese alguna protección legal en el futuro.

Sin embargo, para estos trabajadores sexuales, excluidos y marginados, la Corte Constitucional decidió incluirlos dentro de las garantías laborales respectivas que todo trabajador en Colombia debe tener. No ha sido solo un simple cambio en la semántica del concepto (de prostitución a trabajo sexual), sino que por el contrario se ha producido un verdadero torque en la concepción histórico-jurídica del servicio sexual ofrecido a través de intermediarios- empleadores o por ajena.

Con esto se quiere señalar que nuestra normativa laboral protege de manera general a todos los trabajadores, pero que, aun así, nuestro legislador ha requerido expedir una especial protección sobre ciertos trabajadores que bajo determinadas circunstancias pueden sufrir consecuencias nocivas, como el abuso por parte de sus empleadores; en donde podría encajar el trabajo sexual, como lo veremos más adelante.

Con todo, es preciso señalar que haberles otorgado status legal a las prestaciones sexuales por cuenta ajena, imprime de consideraciones propias y exclusivas a esta labor. El Máximo Tribunal Constitucional Colombiano, resuelve declarar, con fundamento en el principio de igualdad, estabilidad y en especial primacía de la

realidad, la existencia de un contrato de trabajo en el caso de la Sentencia que se aborda en este escrito.

2.2 Antecedentes del contrato sexual en la jurisprudencia colombiana

Sumada a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (18 de septiembre de 1997), Sentencia 10672 (MP Dídimo Páez Velandia), y del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 7924 (CP Juan de Dios Montes Hernández), donde se aborda el asunto de la prostitución, encontramos sentencias proferidas por la Corte Constitucional que muestran el viraje conceptual que ha tenido el asunto del trabajo sexual en Colombia.

Así como otros hechos constitutivos o con repercusiones jurídicas han dado vuelcos trascendentales “pasando de delitos a derechos”, tal como lo han sido, los casos de la huelga o aborto, la prostitución como fenómeno sociológico alcanzó el rango legal en la Sentencia T - 629 de 2010, pese a lo que fue considerado por el mismo tribunal, años atrás, como en Sentencia T - 620 de 1995, con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, en donde se determinó sin tapujos que los trabajos deshonestos, indignos como la prostitución no podrían ser marco de legalidad y menos en el Estado Social de Derecho que tiene sobre su soporte el derecho al trabajo: “[D]he ahí que no sea exacto presentar la prostitución como trabajo honesto, digno de amparo legal y constitucional, ya que ésta, por esencia, es una actividad evidentemente inmoral, en tanto que el trabajo honesto implica una actividad ética porque perfecciona, realiza a la persona y produce un bien. Si no fuera así, la Carta no fundaría el Estado social de derecho en el trabajo”. Sobre esta determinación, la Corte Constitucional realizó un comentario al respecto de la decisión reseñada anteriormente:

En la Sentencia T-620 de 1995, la Corte fue clara en determinar la prostitución como una actividad indeseable en el Estado Social de Derecho, por ir en contra de la dignidad humana, pero tolerada por el Estado, y por lo tanto regulada. También

entendió que como parte del ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las personas podían escoger la prostitución, pero su ejercicio tenía límites tales como estar excluida de las zonas residenciales, y ésta no podía ser considerada como trabajo (Corte Constitucional, Sentencia T-736 de 2015).

Dos años después, a raíz de problemas de convivencia y salubridad en un sector de Bogotá, la Corte Constitucional en sentencia SU - 476 de 1997, relacionó nuevamente el asunto de la prostitución y el travestismo así:

La Corte no pretende desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las prostitutas y travestidos en cuestión. En modo alguno ignora que las actividades de la prostitución y el travestismo en sí mismas no están prohibidas y, por tanto, no son ellas objeto de esta tutela. Ambas pueden ejercerse, pero no de manera irrazonable y desproporcionada, sino dentro de unos parámetros mínimos que no afecten el ejercicio de los legítimos derechos de terceros, de tal suerte que trasciendan el ámbito de la intimidad personal y familiar de personas ajenas a tales comportamientos y que, además, los repudian (Corte Constitucional, Sentencia SU – 476 de 1997) (Subrayado fuera de texto).

En ésta misma sentencia de unificación, se toma nuevamente el asunto de la rehabilitación que debe proferirse para las personas que se dedican a la prostitución, dejando entrever que, a pesar de la legalidad, este oficio debe desterrarse. Igualmente, reiteró que la prostitución iba en contravía de la dignidad humana y señaló que es una actividad frente a la que se deben adoptar medidas de rehabilitación (Corte Constitucional, Sentencia T – 736 de 2015). Sobre el efecto nocivo que produce este oficio, la Corte señaló:

Si el propio Estado procura evitar que la mujer y el hombre se prostituyan, resulta apenas lógico que el ejercicio de la prostitución se delimite y restrinja a lugares alejados de las zonas residenciales, con el propósito de evitar su incidencia a toda la comunidad, y que su influencia nociva afecte a los menores de edad. Esto implica, necesariamente, que el ejercicio de esta actividad debe ceder frente al interés social y familiar y frente a los derechos fundamentales de terceros cuando la misma desborda los límites del orden público (Corte Constitucional, Sentencia SU-476 de 1997) (Subrayado fuera de texto).

Por último, al hacer un análisis del artículo 213 del Código Penal Colombiano, tipificado como inducción a la prostitución, el máximo tribunal de Justicia

Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C - 636 de 2009, abordó importantes conceptos acerca del ejercicio libre y voluntario del trabajo sexual y por el contrario la inducción a éste:

Para la Corte es claro que aunque del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitución, el Estado, 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 que esta conducta, calificada como degradante para la persona humana, genera en la sociedad (Corte Constitucional, Sentencia C – 636 de 2009).

Sobre el efecto nocivo que viene produciendo ésta actividad, en Sentencia T - 736 de 2015, se afirmó: “La Corte consideró que su tipificación hacía parte de la libre configuración del Legislador, cumplía con el principio de última ratio, y que además “el daño social producido por la explotación de la prostitución merece ser enfrentado con medidas de punición, como las sanciones penales” (Subrayado fuera de texto); más adelante y en tratándose de los pilares del Estado Social de Derecho: las libertades individuales, la voluntariedad, la plena capacidad para ejercer, la Corte Constitucional en la precitada sentencia (T- 736 de 2015) estimó una posible falacia en ello cuando afirmó:

Sobre el principio de voluntariedad, estimó que la libre aceptación de quién se prostituye no hace parte de la conducta tipificada. Igualmente, indicó que existe una falacia en la libertad de escogencia en la prostitución que puede fundamentarse en situaciones de marcada desventaja, como la pobreza y lleva a círculos de violencia de los que puede ser imposible escapar... Además, determinó que la norma no violaba el principio de lesividad, pues su objetivo era la lucha contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de ejercer esa actividad. Así pues, consideró que no se restringía de forma desproporcionada los derechos a la libre autodeterminación o la libre escogencia de oficio (Corte Constitucional, Sentencia T- 736 de 2015).

Estos 3 referentes jurisprudenciales, se suma el principal de ellos, la Sentencia T- 629 de 2010, que abrió un escenario propicio para la legalización del trabajo sexual en Colombia, pese a que algunos sostienen que sería un error considerar legal la

prostitución, toda vez que permite la expansión de ésta indigna labor y a la vez se producen y propagan problemas relacionados con este fenómeno social, como la entrega del negocio en “bandeja de plata” a los proxenetas:

a) La legalización o la despenalización de la prostitución supone un regalo a proxenetas, rufianes e industria del sexo. b) Supone, además, promover el tráfico de personas con fines sexuales. c) No solo no logra controlar la prostitución, sino que fomenta su expansión. d) Incrementa la prostitución escondida, la clandestina o la callejera. e) Fomenta la prostitución infantil. f) Mantiene desprotegidas a las mujeres en situación de prostitución. g) Incrementa la demanda de prostitución, dada la legitimación moral y social que supone. h) No supone un aumento de la salud de las prostitutas. i) No fortalece el poder de elección de las mujeres implicadas. j) La mayor parte de las prostitutas no desean la legalización o despenalización de la prostitución (Brufao, 2008, p.30).

3. DE LA SENTENCIA T - 629 DE 2010 Y SUS PARTICULARIDADES

El propósito de los capítulos precedentes ha sido describir los pilares legales sobre los cuales descansa el derecho del trabajo para comprender de mejor manera la ratio decidendi de la sentencia T -629 de 2010. En ésta ocasión se analizará la controversia suscitada con ocasión a las resultas del fallo precitado, donde se debaten asuntos trascendentales en torno al derecho al trabajo de las personas que ofrecen servicios sexuales: la dignidad de ésta labor, las libertades del trabajo sexual asociado con la trata de personas, la inducción a la prostitución, la improcedencia del reintegro laboral, la seguridad social, y en especial el uso de la ponderación que se estructuró al momento de enfrentar principios, sobre la que Estrada (2010) señala que es como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental.

La progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC-, han llevado a conformar una estructura sólida en las interpretaciones de nuestros operadores judiciales, “convirtiendo” a éstos, en jueces de avanzada, en

protagonistas de una nueva estructura política, auscultando tal vez, las raíces del buen juez Magnaud. Como es sabido, el caso de Laís, objeto de estudio en este escrito, provocó una abundante erosión de investigaciones sobre el fenómeno de prostitución a nivel internacional, encontrándose con legislaciones como la Holandesa (Brufao, 2008), donde se advierte, una protección sui generis a las labores que desempeñan las trabajadoras sexuales o como la legislación Sueca, donde por primera vez en todo el orbe, se profiere una ley, donde se castiga al cliente y se despenaliza a la prestadora del servicio sexual (Boethius, 2006) situación ésta seguida por Francia (Francia sigue el camino de Suecia y multará a los clientes de la prostitución”, recuperado en: <https://www.abc.es/sociedad/20131204/abci-francia-clientes-prostitucion-201312042117.html>).

Con esta tendencia a modificar los sujetos activos de las conductas penales, nuestro país abrió paso, a entender el fenómeno de la prostitución como un sistema mixto, de tolerancia, represión y regulación laboral, agregándose en éste último caso, un ingrediente tuitivo en cuanto a las prestaciones derivadas de una relación laboral, otrora impensables y por ello antes inexistentes.

Aquí vale la pena resaltar la importancia de modificar la política criminal en torno a ciertos delitos relacionados con la prostitución, debido a la poca eficacia que ha tenido sobre quienes inducen al negocio. En un informe adelantado por la Corporación Humanas del centro regional de derechos humanos y justicia de género, se reveló que ese delito es casi que, inadvertido por nuestras autoridades, lo que debería incidir para modificar la política criminal interna. Hay que destacar que el estudio se hizo sobre 210 sentencias proferidas por los distintos órganos judiciales colombianos:

Las modalidades de los delitos sobre los que versan las sentencias, proferidas son en su mayoría: actos sexuales con menor de 14 años (35%), acceso carnal violento (32%) y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (17%). Los otros delitos tratados

en las sentencias fueron, en orden de importancia por la frecuencia: acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (5%), actos sexuales violentos (4%), acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (3%), actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (2%) y constreñimiento a la prostitución. Ninguna de las sentencias analizadas fue sobre acoso sexual, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o inducción a la prostitución” (Estudio de la Jurisprudencia Colombiana en Casos de Delitos Sexuales Cometidos Contra Mujeres y Niñas, 2010).

Soportados en los conceptos generales detallados en los acápites anteriores, se entrará a revisar asuntos jurídicos puntuales que el máximo tribunal constitucional estimó pertinentes para resolver el caso de Lais vs el bar Pandemo. Así que en principio se abordará la normativa especial que existe para la regulación laboral de determinadas relaciones de trabajo, que se profieren precisamente por la asimetría de las partes.

3.1 El principio de estabilidad laboral de Lais

La estabilidad laboral ha sido, desde el nacimiento mismo del derecho laboral, uno de los principios cardinales de esta rama, hallándose soportando todo el andamiaje proteccionista que persigue aquel y que en casos como el de LAIS, va a tener un matiz muy especial.

El principio de estabilidad laboral recibe tratamiento especial tanto en el sector público, como en el sector privado. Su esencia estriba en la necesidad de proporcionarle al trabajador, la continuidad requerida en su empleo para el correcto desempeño de su oficio, evitando preocupaciones que lo distraigan de sus actividades laborales. Este principio, sin embargo, no es absoluto, así lo vemos, por ejemplo, cuando nuestro máximo tribunal constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo que prescribe sobre la estabilidad de los contratos de trabajo a término fijo, indicó:

El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto

el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo. Por lo tanto, no es cierto que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización (Corte Constitucional, Sentencia C - 588 de 1995).

El principio de estabilidad laboral toma vida, en muchos escenarios legales, verbi gracia, en los contratos a término indefinido cuya ley laboral define de manera, residual: “El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido” (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 47). Así también se el pluricitado principio, toma partida en las indemnizaciones por despido injusto: “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente” (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 64). De otro lado, en el fuero sindical, la estabilidad soporta al trabajador aforado: “Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 405); también en la estabilidad reforzada de los trabajadores discapacitados (Ley 361 de 1997) y; por último, asoma su fuerza en la vinculación de las mujeres en estado de gestación (Ley 1822 de 2017).

Como lo enunciamos en el capítulo precedente, para la presente investigación es importante revelar los alcances de la estabilidad laboral en nuestra legislación, para luego descubrir, porqué razones nuestro máximo tribunal constitucional, no ordenó el REINTEGRO de la trabajadora sexual.

3.2 Matices de la estabilidad laboral y el reintegro para el trabajo sexual

La estabilidad laboral no es absoluta. En determinadas circunstancias su carácter depende de la forma de vinculación. Así en el sector público, se aprecian diversas formas de ingreso y permanencia, tal y como lo prevé por ejemplo la ley 909 de 2004, el Decreto Reglamentario 1083 de 2015, y si acudimos al sector privado, el Código Sustantivo del Trabajo señala las diversas modalidades de ingreso a un empleo o formas de contratación. Es por ello que, consideramos pertinente acudir a conceptos jurisprudenciales que nos sirvan como base en la construcción teórica de este estudio, para lo cual traemos a colación ésta interesante clasificación de la estabilidad laboral, la cual nos conecta con la Sentencia T - 629 de 2010.

Sobre estos matices de la estabilidad, el máximo tribunal constitucional expresó:

No deben confundirse los empleos de libre nombramiento y remoción, con los que han sido designados en provisionalidad. Para esta Corte la situación de uno y otro es diferente, debido a que para el primero, existe una estabilidad laboral “precaria”, en cuanto a que la desvinculación depende de la decisión discrecional del nominador, mientras que en el segundo, por tratarse una estabilidad laboral intermedia, es necesario para su retiro una razón que lo justifique, pues si bien no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos, cuentan con una protección respecto de las razones de su desvinculación, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo “sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P) (Corte Constitucional, Sentencia T-159 de 2012).

Descendiendo al caso de Laís, se aprecia que se habla decididamente de estabilidad “precaria”, lo cual emite desde ya una connotación especial en el concepto al acompañarle con ese calificativo. Así, la Real Academia Española define precario como: “1. adj. De poca estabilidad o duración. (Recuperado en www.rae.es/).

Nuestro órgano constitucional concluye que a la trabajadora sexual se le reconoce precario el derecho a la estabilidad laboral y en consecuencia NO ORDENA el reintegro respectivo, indicando: “Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

Aquí es imprescindible preguntarse si un aspecto específico influyó en la ratio decidendi de la sentencia analizada: “La condición de madre gestante de LAIS”. Se hace evidente, como, desde hace un par de lustros, la jurisprudencia constitucional ha venido desarrollando toda una teoría proteccionista o fuero de maternidad en torno a la mujer trabajadora que es despedida o su condición desmejorada por el solo hecho de su estado de embarazo.

Así en el interregno del 2005 al 2009 se han proferido numerosas Tutelas que se refieren a asuntos derivados de la estabilidad laboral de las mujeres gestantes y que buscan dotar de herramientas a estas trabajadoras para evitar la consuetudinaria y perenne discriminación. Solo por mencionar algunas acciones de amparo que siguen esta línea, están relacionadas en un completo estudio de la Universidad del Rosario:

T- 173 de 2005, T- 369 de 2005, T- 752, T 193de 2005, T- 404 DE 2005, T- 549 DE 2005, T- 664 DE 2005, T-790 DE 2005,T- 873 DE 2005, T- 889 DE 2005, T- 1084 DE 2005, T-1210 DE 2005, T- 1243 DE 2005, T-1258 DE 2005, T- 487 de 2006, T-550 DE 2006, T- 589 DE 2006, T- 063 DE 2006, T- 086 DE 2006, T-217 DE 2006, T- 381 DE 2006, T- 383 DE 2006, T- 409 DE 2006, T-487 DE 2006, T -631 DE 2006, T- 807DE 2006, T- 1040 DE 2006, T- 166 de 2007, T- 195 DE 2007, T-207 DE 2007, T- 298 DE 2007, T- 303 DE 2007, T -412 DE 2007, T- 495 DE 2007, T- 530 DE 2007, T- 561 DE 2007, T- 309 DE 2008, T-504 DE 2008, T-549 DE 2008, T- 526 DE 2008, T- 578 DE 2008, T- 687 DE 2008, T- 781 DE 2008, T- 825 DE 2008, T- 953 DE 2008, T -978 DE 2008, T- 1043 DE 2008, T- 833 DE 2009, T- 926 DE 2009, T- 181 DE 2009, T- 305 DE 2009, T- 335 DE 2009, T- 460 DE 2009, T- 607 DE 2009, T- 621 DE 2009,

T – 261 DE 2009 (Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 2005 – 2009, Presidencia de la República- Alta consejería presidencial para la equidad de la mujer- Universidad del Rosario, p, 12), (recuperado en: <https://pure.urosario.edu.co/en/publications/los-derechos-de-las-mujeres-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-cons>).

Todo este desarrollo jurisprudencial ha tenido su soporte en la constante violación a las normas laborales (entiéndase por éstas principios y reglas) de parte de nuestros empleadores, que ven en la gestante, un obstáculo para el desarrollo de su actividad económica, o en su desempeño como trabajadora en el servicio doméstico.

Sobre ello, el interrogante que se asoma es el siguiente: ¿El sentido del fallo hubiese sido el mismo, si Lais no estuviese embarazada? Sería osado pensar que no, empero, “la carga positiva del embarazo de la accionante”, debió ser un factor basilar en la decisión final, inclinando la balanza hacia la protección laboral pretendida, por todos aquellos Derechos fundamentales, valores y principios vulnerados en aquel entonces al binomio madre –hijo y que se circunscriben a los Derechos de igualdad, dignidad, salud, fuero materno, del que está por nacer, seguridad social, mínimo vital y móvil, etc. 3

Según Vanegas (2011), el despido es “la forma como se materializa la terminación del contrato de trabajo cuando ésta se origina en la decisión unilateral del empleador, es decir sin la mutua voluntad manifestada del trabajador”. El señalado autor, a continuación, hace una didáctica clasificación, la cual, por no ser parte de este capítulo, solo será enunciada: Despido directo o puro y simple; Despido indirecto o auto despido; Despido disciplinario; Despido colectivo; Despido justificado; Despido sin justa causa; Despido por reconocimiento de pensión de vejez.

Toda éstos despidos tienen algo en común: la unilateralidad de la decisión; ya sea tomada por parte del empleador o por parte del trabajador y en un caso excepcional,

por rarezas de la vida, podría darse, de manera simultánea e inadvertida por las partes (en un mismo momento un despido directo e indirecto), como cuando, luego de una discusión acalorada entre empleador y trabajador, ambos, sin saber, lo que hace el otro, realizan sus cartas de despido (directo: si lo hace el empleador, indirecto si lo hace el trabajador).

Sin embargo, la manifestación unilateral provocada por el empleador, conocida como despido, no es absoluta. De vieja data, nuestra legislación laboral ha consagrado la figura del reintegro, como un atolón para el empleador en la libertad para ejecutar los despidos; verbi gracia, trabajadores aforados, o aquella limitación derivada del artículo 8 del decreto 2351 de 1965, que, con el inexorable paso del tiempo, ha desaparecido sus efectos, gracias a las reformas introducidas por la ley 50 de 1990 y 789 de 2002, arriba citadas.

Tal y como ha ocurrido en muchos casos, las normas laborales producen un efecto contrario al esperado por el legislador, produciendo paradójicamente, “desprotección” a nuestros trabajadores. Así ocurrió, por ejemplo, con la concepción de la acción de reintegro que podían iniciar aquellos trabajadores que fuesen despedidos sin justa causa y tuviesen más 10 años con la misma empresa; aquí, se empezó a despedir masivamente a trabajadores antes de cumplir los 10 años de servicios, para que no alcanzasen ese “seguro”, golpeándose, las entrañas de la estabilidad laboral. Al respecto, Garay (1998), sostiene: “La cláusula de acción de reintegro fue promulgada con el objeto de garantizar la estabilidad laboral para los trabajadores antiguos, pero en la práctica revirtió en lo opuesto: es decir, en el despido masivo de los trabajadores próximos a cumplir los diez años de antigüedad”.

La figura del reintegro puede definirse como aquel derecho de algunos trabajadores que, estando protegidos por estabilidad laboral reforzada, son despedidos sin justa causa o con justa causa, pero sin la autorización del funcionario competente

(Vanegas, 2011). Ahora bien, para generar el derecho al reintegro, es preciso, acudir al mecanismo judicial idóneo conocido como: La Acción de Reintegro. Ésta última, puede enervarse, dependiendo del sujeto de especial protección que la utilice, y de las violaciones que se generen. Es decir, que ha de depender de quién ostente la legitimación activa, de allí, sus diferentes manifestaciones procesales: Vía acción de tutela, por acción de reintegro como tal (trabajador con fuero sindical), mediante proceso especial señalado por el legislador, o a través de un proceso ordinario.

¿Pero quienes pueden tener esa legitimación activa? Para resolver este interrogante podemos desarrollar una sumaria clasificación, que ha de tener sustento en los constantes fallos proferidos por nuestro máximo tribunal constitucional, quien ha venido, incluso, “ampliando” el grupo de sujetos de especial protección, y que a nuestro entender, podrían, solicitar el reintegro laboral ya sea por violaciones al trabajo, a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social, al salario, entre otros derechos fundamentales.

Sobre estos sujetos de especial protección, hay una protección especial sobre determinadas personas o grupos:

La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza (Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2011).

A partir de esto, y teniendo en cuenta la sentencia T - 629 de 2010, ¿Podríamos incluir a las trabajadoras sexuales como grupo de especial protección constitucional? Si ello es así ¿Las trabajadoras sexuales bajo situaciones de indefensión, podrían optar por la acción de reintegro?

La máxima representación del Principio de estabilidad laboral lo constituye la figura del reintegro. En nuestra legislación, ésta figura tuitiva, ha sufrido algunas transformaciones, lamentablemente, perjudiciales para los trabajadores, como aquellas reformas que introdujeron las Leyes 50 de 1990 y 789 de 2002, al punto de que hoy, solo existen posibilidades judiciales de reintegro en los casos señalados por la ley y la jurisprudencia nacional, tales como cuando ocurre un despido de trabajadores aforados sindicalmente, o el despido de mujeres trabajadoras en estado de gestación o de personal que sufre alguna incapacidad, sea ésta de origen laboral o no.

Como se ha mencionado reiterativamente, la acción de reintegro puede estar encabezada por diferentes trabajadores, dependiendo de la naturaleza de cada caso, de las necesidades sustantivas propias y del procedimiento señalado en la ley; así pues, podemos encontrar las siguientes: Acción de reintegro del trabajador amparado con fuero sindical; Acción de reintegro del trabajador con incapacidad para laborar; Acción de reintegro de reservistas y Acción de reintegro para mujeres gestantes trabajadoras. Sobre esta protección especial, el Código sustantivo del trabajo y sus recientes reformas (ley 1122 de 2017), han reiterado la protección especial de la cual gozan las mujeres gestantes que laboran, tanto en el sector público como privado. Su condición biológica y la del que está por nacer, hacen que este binomio, merezcan un lugar de estabilidad laboral reforzada.

Para el despido de estas trabajadoras, deberá comprobarse una justa causa y además la autorización administrativa respectiva señalada en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; no hacerlo de ésta manera, imprimiría de ineficacia el acto de despido, generándose los consecuentes salarios, prestaciones y la posibilidad de accionar a través de la Tutela, el reintegro al trabajo.

Aquí vale la pena recordar que Laís, trabajadora sexual, accionante en el caso que se resuelve a través de la Sentencia T - 629 de 2010, pese a estar embarazada, no fue reintegrada a la labor que venía desempeñando. Así que bien vale la pena preguntarse: ¿Qué razones esgrimió la Corte Constitucional para negarle este derecho? Esta respuesta, se analizará en el siguiente acápite.

3.3 Del caso Lais y un reintegro improcedente

Luego de las revisiones doctrinales, jurisprudenciales y legales del reintegro, su génesis, su evolución, y su procedencia o improcedencia, es preciso detenerse en el caso resuelto por la Sentencia T - 629 de 2010, y en especial en el aparte que se niega la posibilidad del reintegro de Laís a las labores sexuales que venía desempeñando.

Antes de entrar en la discusión, es preciso señalar que ha habido casos diferentes al que ahora nos ocupa y en los cuales se ha negado el reintegro por considerarse improcedente. Así por ejemplo, en la ley 222 de 1995, por la cual se modificó el libro II del Código de Comercio sobre sociedades comerciales y régimen de procesos concursales, quedó establecido que en el evento de despido o remoción de los administradores y revisor fiscal, no procede la acción de reintegro consagrada en la legislación laboral (Vanegas, 2011).

Otro caso de improcedencia de reintegro podría darse cuando el trabajador, luego de vencer en los estrados judiciales, considere perjudicial el reintegrarse, por ejemplo debido a cuestiones de salud (Corte Constitucional, Sentencia T-529 de 2011) o se trate de un menor de edad que labore en socavones y minas, sin las mínimas garantías de protección y cuidado, o de aquellos menores que laboren para casas de lenocinio, garitos y demás.

En la Sentencia T-629 de 2010 tenemos que, originariamente Laís pretende, a través de la acción de amparo, no solo el reconocimiento y pago de su salario y prestaciones sociales, sino que solicita su reintegro. En efecto, en el texto de la sentencia objeto de este análisis se indica: “En este orden, formula como pretensiones de la acción, que se ordene al representante legal del bar Pandemo, su reintegro “a las mismas labores que desempeñaba, en el mismo cargo, con las mismas condiciones y sitio de trabajo, con pago de salarios y prestaciones dejados de percibir” (Corte Constitucional, Sentencia T – 629 de 2010, folio 16).

Sin embargo, el juez 63 penal municipal de Bogotá D.C., durante el trámite de primera instancia, resuelve negar, tanto la posibilidad de reconocimiento de vinculación laboral (por objeto ilícito) como la de ordenar su reintegro:

... no es jurídicamente posible amparar el derecho al trabajo y ordenar el reintegro porque si bien el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito, se aclara que el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito toda vez que dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres, razón que impide su protección por parte de este Despacho (Juzgado 63 Penal municipal de Bogotá, 2009).

En cuanto al REINTEGRO afirmó: “porque dado las condiciones [sic] propias del caso” que son el estado de embarazo de alto riesgo y el desarrollo de labores nocturnas, se “expondría a riesgos [sic] mucho mayores la salud a la madre y al que está por nacer [sic]” (Juzgado 63 Penal municipal de Bogotá, 2009).

Bajo este escenario particular, la Corte Constitucional entró a resolver el conflicto de principios constitucionales, teniendo como elemento basilar la dignidad humana, y todo el desarrollo internacional generado en torno al trabajo digno y decente:

De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta, de este modo se protege sin discriminaciones ex ante al trabajador sexual. Por un lado, una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta,

merecedores de especial protección. Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

Con estas consideraciones y con las pruebas recaudadas durante la revisión, la Corte Constitucional decide declarar la existencia de la relación laboral pero, decide negar la solicitud de reintegro porque esta actividad atenta contra la dignidad humana: “por la especificidad de la prestación ordinaria que ejecutó la señora LAIS y por la forma como ésta actividad puede reñir con los ideales liberales, racionales y de la dignidad humana del constitucionalismo y en particular con los deberes dispuestos desde el Derecho internacional para los Estados...” (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

Uno de los hechos verdaderamente relevantes que se tuvo en cuenta para construir la presente investigación, confluye en la necesidad de preguntarse si por vía de jurisprudencia se crearon o se exigieron, por no decir lo menos, condiciones especiales o nuevos elementos esenciales para declarar la existencia de un contrato de trabajo en el caso exclusivo de las trabajadoras sexuales. Como se afirmó, el Código Sustantivo del Trabajo describe en su articulado la concurrencia de 3 elementos esenciales que a la postre, vienen a constituirse en el sustrato de todo contrato laboral en Colombia: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y la remuneración.

Sin embargo y de allí el resalto, cuando se trata de contratos laborales con determinados trabajadores que históricamente han sido discriminados (mujeres gestantes, discapacitados, adultos mayores, prepensionados, etc.) la Corte ha “agregado o adicionado” otros elementos, requisitos, o condiciones que, por lo general, vienen relacionados a las condiciones físicas, biológicas y también jurídicas (fuero sindical) que las personas poseen, sobre los cuales se han construido los muy conocidos test de razonabilidad, con los que se busca responder al

interrogante: ¿ cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? (Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996).

Dentro de la gama de trabajadores que desarrollan labores especiales, o que poseen condiciones físicas especiales, o legales, se han incluido ahora, el grupo de los trabajadores sexuales. De suerte que, además de los 3 elementos esenciales para la formación del contrato laboral, la Corte ha condicionado la existencia del contrato de trabajo, a la presencia de otros factores. Así, en la Sentencia T - 629, el máximo tribunal constitucional expresó:

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 los carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida (Corte Constitucional, Sentencia T – 629 de 2010).

Analizado éste acápite del fallo, se tiene que, además de mencionarse la capacidad y la voluntad (elementos comunes de todo contrato en Colombia), la prestación personal, la subordinación limitada y la remuneración (elementos esenciales del contrato de trabajo), la Corte incluye, o condiciona la existencia del contrato laboral a otros, a saber: a) La ausencia plena de inducción a la prostitución; b) Que las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador; y c) Que la subordinación deba ser “limitada”.

Estas especiales condiciones que deben existir para declarar la existencia de los contratos laborales de las trabajadoras sexuales, pueden advertir, a prima facie, visos de ingenuidad e idealismo y que, a la postre, podrían hacer nugatoria la protección laboral pretendida. Para responder a este interrogante, se realiza el análisis de éstas novedosas condiciones.

a) Ausencia plena de inducción a la prostitución

En este punto hay que señalar que la inducción a la prostitución ha sido un fenómeno combatido y perseguido tanto por el derecho doméstico, como por el derecho internacional y que se plasma en instrumentos internacionales: “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”. (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

En materia interna, El título IV sobre Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el capítulo IV, “De la Explotación sexual” del código penal 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), 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 (Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2010).

Estas circunstancias denotan situaciones complejas para quienes desarrollan el trabajo sexual de otros como un negocio, arrojando a sus promotores a representantes (propietarios de los bares, empleadores, intermediarios) a caminar por el umbral de la ilegalidad.

Además, se podría estar frente a un fenómeno jurídico reconocido como esclavitud contemporánea; no la esclavitud derivada de características propias habidas en el imperio Romano o la vivida en la América colonial, sino un fenómeno distinto, pero con raíces similares. En Brasil, por ejemplo, en entrevista realizada a Lorena Vasconcelos (Rojas, 2012) se reconoció oficialmente en Brasil la esclavitud

contemporánea que limita principalmente la libertad de locomoción del trabajador y puede recurrir a otros modos de maltrato.

b) Que las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador

La dignidad humana se convirtió en la posguerra, el principal derecho del neoconstitucionalismo. De otro lado, la libertad de escoger profesión u oficio tiene su germen en la autonomía personal y deriva su existencia a partir de los postulados franceses revolucionarios. Empero, desde aquellos albores, se tuvo límites a esa autonomía, tal y como se aprecia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente de Francia en 1789, en donde el artículo 17 indica que ninguna clase de ocupación, empleo y oficio puede ser prohibida por los ciudadanos y en el artículo 18 señala que uno puede disponer de su tiempo y servicio; pero no puede ser vendido a sí mismo ni ser vendido, por lo tanto su persona es propiedad inajenable (Guerrero, 2005, p.102).

El mismo tribunal constitucional al referirse a “la libertad” para ejercer el trabajo sexual, considera que puede concebirse esto como una falacia, por cuanto para realizar estas actividades, la libertad de elección ha estado siempre cuestionada por las necesidades de sus oferentes:

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 tal opción, que pronto la convierte en víctima de las bandas criminales organizadas que la someten (Corte Constitucional, Sentencia T – 629 de 2010).

En relación con la dignidad de la prestación sexual, se invocan ciertas dicotomías. Así, visto desde diferentes ópticas, y específicamente para algunas vertientes feministas, la defensa de la actividad ofrecida por las prostitutas resulta contradictoria precisamente porque explotan su cuerpo como una mercancía. Garaizábal (2001), en su ensayo denominado Una mirada feminista a la prostitución, señala que el feminismo y prostitución son dos realidades conflictivas porque, en general, las prostitutas se han visto poco acogidas por las feministas y a la inversa, las feministas sentían que la sola existencia de la prostitución era un agravio.

Mientras para otras corrientes, sean feministas o no, la dignidad como valor supremo, existe y perdura, independientemente de la labor que se desempeñe. Labores en las minas o las del servicio doméstico, por ejemplo, pueden evocar destellos de periodos esclavistas y de servidumbre, respectivamente, pero a la vez requieren de soporte legal, so pena de abuso.

En todo caso, y pese al cuestionamiento de la dignidad de este oficio, hay organizaciones que persiguen la protección laboral y de los derechos de las personas que la ejercer. En Estados Unidos por ejemplo hay asociaciones integradas, total o parcialmente que ejercen la prostitución, como Call off your tired ethics (C.O.Y.O.T.E.), o la asociación Hetaria (Rey, 2004).

El problema es que la dignidad humana dentro del trabajo sexual siempre estará relacionada con un aspecto subjetivo del ser humano. Así, para algunos, la exposición de personas con “alteraciones físicas” promocionados en circos y ferias, son un claro ejemplo de explotación, mientras que para otros aquello es una forma de ganarse la vida, después que ello se haga de forma libre y autónoma.

Es conocida la tesis que expuso la Corte Constitucional sobre la dignidad humana, identificándola bajo 3 soportes iusfilosóficos: como valor, como principio y como derecho fundamental; y que sirve de teflón para nuestra explicación:

La Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional, Sentencia T – 881 de 2002).

Para Guerrero (2005) la dignidad se identifica con los atributos que corresponden al hombre por el solo hecho de ser hombre. Vista así las cosas, trabajos u oficios humillantes, entre el cual podría incluirse el trabajo sexual, pueden afectar diametralmente el concepto de autonomía de la voluntad en uno de sus pilares, y pero aún la dignidad de la persona que realiza tal prestación, empero no sofocan la legalidad de la labor, razón por la cual en el caso de Laís se reconocen sus derechos como los de cualquier otro operario.

Por último, y acerca del binomio: “Dignidad-Disponibilidad del cuerpo”, en esta sentencia no se trató el tema a profundidad. Sin embargo, la Corte Constitucional, en otro asunto distinto al trabajo sexual, (inspecciones corporales para efectos probatorios a los imputados) expuso: “Si la práctica de registros personales, inspecciones corporales y toma de muestras implica una afectación de la dignidad del imputado, porque es considerado como objeto y no como sujeto dentro de la actuación procesal, restringiendo la disponibilidad sobre su cuerpo” (Corte Constitucional, Sentencia C – 822 de 2005).

En ese sentido el debate sobre la “venta del cuerpo” por ejemplo y los interrogantes acerca de la donación de órganos (disponibilidad del cuerpo humano) no giran en torno a lo moral de esa contingencia, pero si se hacen cuando se incluyen los genitales de la persona. Lamas (2013), citando a Marta Nassbaum (1999), señala la incongruencia de adjudicar a los genitales una valoración distinta de las otras partes del cuerpo, así como las trabajadoras sexuales plantean la "prostitución"

como una modalidad de trabajo que escogen voluntariamente y reclaman el respeto a su derecho a "elegir".

Por último, no deja ser inquietante, la colisión que se presenta entre: la protección de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales y la erradicación de esta actividad, algo que la Corte solicita. Lo interesante del asunto es: ¿Porque una labor que tiene sustento legal debe ser suprimida o erradicada? La respuesta encuentra su luz en la Dignidad del ser humano. Al respecto el órgano colegiado constitucional fue contundente: 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” (Corte Constitucional, Sentencia T – 629 de 2010).

c) La subordinación debe ser “limitada”

Por último, la subordinación “limitada” como otro de las condiciones que se deben presentar para la existencia del contrato de trabajo en cuanto a trabajadores sexuales se refiere, supone un componente novedoso. De suerte que se hace poco viable que esta “semi subordinación” se dé en la práctica del comercio sexual. Cabría entonces preguntarse: ¿cómo funciona en la práctica, la subordinación limitada? ¿Cómo limitar el poder que tienen los dueños del bar y los intermediarios respecto de las obligaciones que tienen las trabajadoras sexuales con sus clientes? ¿Cómo redactar (si el contrato es escrito) las obligaciones de la trabajadora sexual, garantizando, además, su dignidad?

Sería utópico pensar que, en efecto, los dueños de los establecimientos dedicados a la explotación sexual ejerzan mandatos “limitados” de dirección y disciplina sobre las trabajadoras sexuales a sabiendas que ésta última no tiene un margen de discreción en la toma de decisiones como trabajadora. Una de las características del contrato de trabajo es precisamente la adhesión del trabajador a las obligaciones propias del contrato. Si bien existe cierta autonomía del trabajador para la formación

del vínculo laboral, la realidad indica que en la mayoría de los casos el operario se adhiere a las condiciones planteadas por el empleador, mucho más si son labores ocultas, clandestinas, secretas como la prostitución.

En el caso objeto de estudio, la prestación personal del servicio de LAIS quedó suficientemente probada, así como el pago recibido por sus servicios, no obstante, ¿el poder subordinante quién lo ostenta: el propietario del bar? el proxeneta? el cliente? De suerte que no se ahondarán los tres elementos, excepto por el análisis del elemento de la subordinación o dependencia, que, sin lugar a duda, estima para los efectos de la Sentencia T - 629 de 2010, una pauta de especial mención, en atención a que la Corte en el fallo, la condiciona, la encaja, es decir le proporciona alcances “limitados”. Así, en un acápite del fallo indica:

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 las carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida (Corte Constitucional, Sentencia T - 629 de 2010).

La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo cuenta con suficiente información doctrinal y jurisprudencial, al punto de existir internamente una clasificación (subordinación económica, subordinación jurídica, subordinación, técnica,) así como una representación de poder de dirección y un poder disciplinario. En la Demanda de inconstitucionalidad presentada contra el literal b) del artículo 1º de la Ley 50 de 1990, la Corte Constitucional expresó:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son

generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. (Corte Constitucional, Sentencia C – 386 de 2000) (subrayado fuera de texto).

No obstante, la subordinación laboral tiene límites, y tratándose de las actividades sexuales, debe tener aún un límite mayor: la dignidad del ser humano. En torno a ello, se considera que el máximo tribunal constitucional lo que hace es “reforzar”, el concepto de trabajo digno, visible en el texto del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo:

...La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país...

Lo relevante acá es poder determinar cómo opera en la práctica de la prostitución, la subordinación que ejerce el propietario del establecimiento, el proxeneta o el cliente. En este sentido, es innegable que el trato, las órdenes, las obligaciones proferidas por el empleador, a la trabajadora sexual suelen ser, por lo general despóticas, denigrantes e indignas. Cómo establecer entonces, límites a esta subordinación.

3.4 Cómo está la aplicación de la Sentencia T - 629 de 2010 en la ciudad de Cartagena

Tres años después de haberse proferido la Sentencia T - 629 de 2010, se inició un rastreo de las repercusiones que tuvo tal decisión en la ciudad de Cartagena para tratar de hacer un seguimiento a posibles repercusiones que este fallo haya tenido dentro del grupo de trabajadores sexuales beneficiados con la decisión judicial. Se

decidió esta ciudad por la cercanía que tiene el autor con el territorio, además de tratarse de uno de los lugares de Colombia con altos índices de prostitución.

Para recoger la información se acudió a la elaboración de Derechos de peticiones y solicitud de informaciones en los cuales se hacía una serie de preguntas relacionadas con el trabajo sexual a partir de los derechos laborales reconocidos. Así, dependiendo de la entidad destinataria del derecho de petición, se construyeron preguntas específicas que tuvieran relación con las competencias de las entidades u oficinas públicas.

Las entidades públicas ante las que se radicaron las siguientes consultas y las respuestas obtenidas fueron:

1. Entidades del orden Judicial. Ante estas entidades se consultó si conocían acciones de tutela y/o demandas ordinarias laborales u otras acciones en las que se hubieran pretendido la protección de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales. Los juzgados primero (oficio 540,2013), quinto (oficio 0660, 2013) y segundo laborales del circuito respondieron negativamente.
2. Entidades de control, vigilancia y protección de los Derechos Humanos. Ante esta entidad se preguntó por el acompañamiento que se había dado a la accionante dentro del expediente T - 2384611, el cual sirvió de análisis en la sentencia T - 629 de 2010. Defensoría del pueblo del orden Nacional. Respuesta:

...Conforme con la orden impartida por la Corte Constitucional en la Defensoría del pueblo Regional Bogotá se abrió el expediente No. 2010037265 EVS, en virtud del cual se pretendió verificar únicamente el cumplimiento de una indemnización equivalente a sesenta (6) días de salario y el pago de 12 semanas de salario como descanso remunerado...finalmente, el 22 de noviembre de 2010 se concluyó el citado seguimiento pues el accionante se comunicó con la Defensoría del pueblo e informó que había llegado a un acuerdo con el accionado (oficio 20-207, 2013).

3. Entidades Policivas Distritales. Ante esta oficina se solicitó información que estuviese relacionada con quejas, acompañamientos u otros por parte de trabajadoras sexuales. La Policía Metropolitana de Cartagena de Indias respondió negativamente mediante el Oficio 017351, 2013
4. Ministerio del Trabajo. Ante esta oficina se preguntó si había solicitudes de acompañamiento, quejas, conciliaciones, asesorías por parte trabajadoras sexuales. El Ministerio del Trabajo- Territorial Bolívar, respondió negativamente mediante el oficio 14313-Rcc-2135,2013.
5. Cuerpos colegiados del orden departamental y distrital. Ante estas corporaciones se solicitó información acerca de Ordenanzas y/o acuerdos que se hubieren proferido en torno a la reglamentación de la labor de trabajadoras sexuales. La Asamblea Departamental de Bolívar, respondió que no, pero anexó copia de la Ordenanza 29 de 2012 mediante la cual se institucionaliza la política pública “Mujer y equidad de género” (oficio CSG 308, 2013). Por su parte, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, también respondió negativamente, pero anexó el Acuerdo 012 de 1999 “por el cual se adoptan medidas para la atención integral de los menores abusados y explotados sexualmente” (Oficio, 2013).

Ante las solicitudes radicadas, las entidades antes mencionadas dieron respuesta acerca de lo consultado y excepto por la respuesta que proporcionó la Defensoría del Pueblo acerca del seguimiento dado al caso de Lais, se aprecia que ante las demás oficinas públicas no se han radicado solicitudes, reclamos, asesorías, demandas o acciones de tutela, por parte de trabajadoras sexuales. Las percepciones sobre el muestreo realizado en la ciudad de Cartagena serán tratadas en el acápite de conclusiones.

3.5 Proyecto de ley 079 de 2013

En este punto se indicarán los avances jurídicos (legales, jurisprudenciales, conceptuales) que han surgido con posterioridad a la sentencia 629 de 2010.

Con posterioridad a la Sentencia T – 629 de 2010, en el Congreso de la República se presentó el proyecto de Ley 079 de 2013, mediante el cual se pretendían introducir importantes cambios jurídicos, relacionados con el trabajo sexual. Lo más destacado era lo concerniente a la virtualidad de la labor, visible en su artículo 3, donde se define la prostitución: “Se entiende por prostitución aquella actividad mediante la cual una persona presta servicios sexuales a otra u otras personas, física o virtualmente, a cambio de una remuneración”.

También acotan situaciones sobre la presunción (artículo 8), la solidaridad de los propietarios de los establecimientos (artículo 12), la dotación especial que merecen las trabajadoras sexuales (artículo 13), la administración gratuita de la vacuna del papiloma humano (artículo 7), celebrar exclusivamente contrato escrito, a estar afiliada al sistema de seguridad social, recibir todas las prestaciones sociales (artículo 11), no prestar el oficio si padece VIH o padece una enfermedad de transmisión sexual (artículo 9), no realizar desnudismo público (artículo 9) so pena de MULTAS, entre otros asuntos hoy ausentes y con fuerza normativa reguladora.

Empero lo que más llama la atención de este proyecto de ley son los artículos 15 y 16 a través de los cuales se obliga el registro de las actividades sexuales ofrecidas por el establecimiento de comercio y un tope para las comisiones del 30%:

Artículo 15. Constancia de los servicios sexuales: los establecimientos comerciales, deben tener una base de información y llevar un registro cronológico detallado de los servicios sexuales prestados, de acuerdo a la contabilidad exigida por el Código de Comercio, que contenga entre otros datos: fecha, lugar, breve descripción del servicio, valor cancelado y valor de la comisión pagada al establecimiento de comercio por la prestadora del servicio”,

Artículo 16. Comisiones exigibles: Los establecimientos comerciales objeto de la presente ley, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en caso de optar por esta

modalidad de pago, sólo podrán cobrar hasta el 30% del precio, valor o contraprestación pactada por el servicio sexual cancelado o pendiente por cancelar a las personas que ejercen la prostitución.

Parágrafo. El desconocimiento de los topes contenidos en el artículo anterior permite que la persona afectada pueda acudir a la respectiva autoridad o jurisdicción a reclamar el valor demás cancelado.

El restablecimiento de los derechos de las trabajadoras sexuales se orienta en buena forma desde el proyecto de ley 079 de 2013, donde además de las medidas legales estimadas para proteger los derechos de las trabajadoras sexuales arriba mencionados, se crea un fondo para el restablecimiento de sus derechos:

Artículo 20: aspectos generales: Créese el Fondo para el Restablecimiento Social de las personas que ejercen la prostitución, como un fondo administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social, o la entidad que haga sus veces para financiar y desarrollar programas dirigidos hacia las personas que ejercen la prostitución en coordinación con las Secretarías Departamentales, Distritales y/o municipales de salud; el Departamento para la Prosperidad Social o la entidad que haga sus veces, y las entidades encargadas de la atención social a nivel departamental, distrital y/o municipal.

No debe dejar de mencionarse la regulación que deviene de la Ley 1801 de 2016, por medio del cual se expide el código nacional de seguridad y de convivencia ciudadana, a través del cual se señala en su artículo 42 que el ejercicio de la prostitución no da lugar a medidas coercitivas por razones de perturbación de la convivencia, toda vez que, estas personas, se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Sin embargo a partir del artículo 43 se reglamentan los requisitos para establecimientos, inmuebles o lugares en los que se desarrolle el ejercicio de tales servicios relacionados para no permitir ni propiciar el ingreso de niños, niñas o adolescentes a estos establecimientos, inmuebles o lugares, así como tampoco permitir, ni favorecer o propiciar el abuso y la explotación sexual de menores de edad o de personas con discapacidad, ni favorecer, permitir, propiciar o agenciar el maltrato, su utilización para la pornografía, la trata de personas o la Explotación

Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (Escnna), no inducir ni constreñir al ejercicio de la prostitución a las personas o impedir, a quien lo realiza, retirarse del mismo si fuere su deseo, ni mantener en cautiverio o retener a las personas que ejercen la prostitución. En el artículo 44 menciona las sanciones a que da lugar la violación de estas normas.

Por último, es importante mencionar la demanda presentada contra el artículo 43 y 44 de la ley 1801 de 2016, por presuntas violaciones a las trabajadoras en situación de prostitución. No obstante, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-293 de 2019, se declaró inhibida de fallar por ineptitud de la demanda.

CONCLUSIONES

Vista, así las cosas, se ha logrado identificar un patrón jurídico proveniente de casos controversiales, como el que aquí se trata, donde la Corte Constitucional, apartó los argumentos morales y esgrimió razones de peso jurídico para dotar de legalidad el trabajo sexual, pero advirtiendo a su vez, que tal actividad debe ser desterrada de nuestra sociedad:

... la jurisprudencia de la Corte ha mantenido su posición de considerar que existen deberes del Estado de reducir los efectos nocivos de la prostitución, pero ha evolucionado al desprenderse de la visión de la prostitución como una actividad indigna, para establecer la protección del derecho al trabajo en el ejercicio del oficio sexual lícito por cuenta propia o ajena, a partir de la determinación de las personas que realizan esta actividad como sujetos de especial protección constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T - 736, 2015).

Como quedó evidenciado, nuestra legislación laboral contiene suficientes principios que imprimen de garantías al trabajador. Sin embargo, en aquellos casos grises, donde no es posible el aut - aut (todo o nada), porque además de reglas hay principios y donde éstos según Zagreblesky (2003) “poseen una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia”, se requerirá de la elaboración de los test de proporcionalidad y de la optimización de principios en palabras de Alexy, creándose pari pasu, todo un riesgo a la seguridad jurídica por lo etéreo de ciertos principios, valores y conceptos, tal y como lo sostiene Botero (2006):

Los peligros de la jurisprudencia de valores y del principalísimo, son, fundamentalmente, su indeterminación de contenidos (no necesariamente de su enunciación), la dificultad de aplicabilidad al caso concreto que genere cierta seguridad en el propio sistema con respecto a las líneas asumidas y, por último, las implicaciones políticas que generaría en una sociedad inestable el cambio tan radical y repentino en él y sobre el derecho colombiano (uno de los peligros es descargar en el juez las principales responsabilidades de toda la estructura política, lo cual llevaría a mediano plazo a un serio desencanto frente a la función judicial (Botero, 2006, p. 52).

Para muchos la postura ecléctica de la Corte al reconocer el contrato de trabajo, pero negar el reintegro laboral a la trabajadora sexual, suele imprimir de cierta incertidumbre al conglomerado social, en la medida en que no reconoce plenamente los derechos laborales ¿Si es un trabajo legal, si no contiene un objeto ilícito, si es producto del libre desarrollo de la personalidad, si se da entre los presupuestos de la autonomía de la voluntad, por qué se niega su reintegro?

La negativa al reintegro, tal vez se apalancó también por ser un asunto de salud pública y como tal debería implicar un desarrollo de política de Estado encaminada a la salvaguarda de derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, salud, y también porque el ejercicio de trabajo sexual podría llegar a ser considerado como una de las formas en que se exhibe la violencia de género y que por tanto debe ser desterrado.

No queda otra opción que esperar el desarrollo jurisprudencial y legal que se produzca en estos últimos años, donde, se espera que se reglamente el ejercicio de la profesión, no solo desde la óptica prevista por el Código Nacional de Seguridad y Convivencia ciudadana (Ley 1801 de 2016), sino como un trabajo de especial protección que requiere de sustento normativo para amparar los derechos laborales.

Lo paradójico que puede resultar de todo este asunto es que al tiempo que se intenta legalizar o formalizar ésta actividad laboral para proteger los derechos de las trabajadoras sexuales, se lucha también, por su erradicación. No es sino retratar que en todos los fallos estudiados donde se aborda el tema de la prostitución, se hace referencia a su nocividad, tanto para la persona que ofrece tal servicio como para la comunidad en general:

Para la Corte es claro que aunque del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitución, el Estado, 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 que esta conducta, calificada como degradante para la persona humana, genera en la sociedad (Corte Constitucional, Sentencia C – 636 de 2009).

Esto nos lleva también a concluir que el Estado colombiano también adquiere responsabilidad en éste asunto, en la medida en que sus poderes públicos se pronuncien para establecer verdaderas políticas públicas integrales que permitan, de un lado, erradicar el oficio por indigno, pero a su vez permitan el restablecimiento de sus derechos laborales, la rehabilitación de las trabajadoras sexuales, su acceso a la seguridad social y posibilidades de sustitución por otras labores. Al respecto Tirado sostiene:

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 juez³, a quien le corresponde la eficacia de los derechos, en atención a evitar un perjuicio irremediable e inseguridad jurídica (Tirado, 2011, p. 145).

En cuanto a la forma como se erradica el fenómeno de la prostitución, algunos países como Francia y Suecia han optado por cambiar la estrategia, sancionando al cliente. Según Bolaños:

La ley sueca penaliza económicamente o con prisión al cliente de la prostitución. Se afirma que esta nueva ley consiguió la reducción del 70% de la prostitución callejera y el 50% de la prostitución en clubs en un año. Actualmente, el porcentaje de reducción de la prostitución de calle se eleva al 90%, la cantidad de mujeres prostituidas se ha reducido en más de dos tercios y la de clientes en un 80%. Ningún otro país y ningún otro tratamiento al respecto se acercan a los prometedores resultados observados en Suecia (Bolaños, 2009, p.4).

Para finalizar y en relación con el impacto o eficacia en la comunidad de trabajadores sexuales que pudo haber generado la Sentencia T - 629 de 2010 y los pronunciamientos posteriores que fueron mencionados en el presente estudio,

resulta llamativo que éstos resultan ser escasos para lo que podría suponerse. No es sino revisar el muestreo que se realizó en la ciudad de Cartagena luego de tres años de haberse proferido la sentencia del 2010, donde no se presentaron acciones de tutela por parte de trabajadoras sexuales, no se presentaron demandas ordinarias laborales, no se radicaron quejas ante el Ministerio del Trabajo regional, no se reglamentó la actividad desde los cuerpos colegiados (Concejo Distrital y Asamblea Departamental).

Habría que desentrañar muy bien las razones por la cuales este tipo de decisiones judiciales proteccionistas, no tienen la acogida masiva por parte de las trabajadoras sexuales, quienes por lo general sufren abuso constante por parte de los propietarios, administradores de los bares, intermediarios, etc.

Tal vez la falta de demandas laborales por parte de trabajadoras sexuales tiene su justificación en el temor al maltrato físico, al maltrato laboral, sumado al escarnio público al que no desean someterse las trabajadoras sexuales. Tal vez ocurre un fenómeno parecido como aquel que se ha dado frente a la falta de denuncia de delitos como el de violencia intrafamiliar, donde el temor de la víctima es más poderoso ante la amenaza permanente de un enemigo interno.

LISTA DE REFERENCIAS

Alexy, Robert. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, España: Ed. Gedisa.

Amnistía Internacional. (s.f.). *Preguntas y respuestas: política para proteger los derechos humanos de los trabajadores y las trabajadoras sexuales*. Consultado en www.amnesty.org/es/qa-policy-to-protect-the-human-rights-of-sex-workers/

Archila, Mauricio (1999). Masacre de las bananeras: diciembre 6 de 1928. *Credencial Historia*, (Núm.117). Bogotá: Banco de la República. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/node/32971>, el 16 de julio del 2016.

Boethius, María Pía. (2006). *¿El fin de la prostitución en Suecia?* Recuperado en: www.ispm.org.

Bolaños N, Alicia. (2009). La prostitución desde una perspectiva de los Derechos Humanos. *Médicos del mundo, Ponencia para la Comisión Mixta congreso – senado*. Recuperado en: <https://razonyrevolucion.org/la-prostitucion-desde-una-perspectiva-de-los-derechos-humanos/>.

Botero B, Andrés. (2006). Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: Formalismo versus principios y/o valores. *Opinión Jurídica*, Vol. 5, (Núm. 9, enero-julio), pp. 33-61.

Brufao C, Pedro. (2008). *Prostitución y políticas Públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*. España: Fundación Alternativas.

Buenahora, Natalia; Benjumea, Adriana; Poveda, Natalia; Caicedo, Luz & Barraza, Cecilia. (2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos*

sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Bogotá, Colombia: Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

Campos R, Domingo. (2003). *Derecho Laboral*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Congreso de la República de Colombia. (2013). *Proyecto de ley 079 de 2013. Por medio del cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas al restablecimiento de sus derechos*. Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1994). *Sentencia 7924 de 1994*. Colombia.

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C-588 de 1995*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia T- 620 de 1995*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-022 de 1996*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia SU- 476 de 1997*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-386 de 2000*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia T- 881 de 2002*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-822 de 2005*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-636 de 2009*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T- 629 de 2010*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T- 117 de 2011*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T- 529 de 2011*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T- 159 de 2012*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T- 736 de 2015*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T- 073 de 2017*. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia SU-062 de 2019*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (1997). *Sentencia 10672 de 1997*. Colombia.

Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950. (1950). *Por medio del cual se adopta el Código Sustantivo del Trabajo*. Colombia.

Diario ABC. (2013, 04 de diciembre). Francia sigue el camino de Suecia y multará a los clientes de la prostitución. *Diario ABC, Sección Sociedad*. Consultado en www.abc.es/sociedad/20131204/abci-francia-clientes-prostitucion-201312042117.html).

End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes ECPAT Colombia- Fundación Renacer y Corporación Turismo Cartagena de Indias, (2011). *Proyecto para prevenir la explotación sexual comercial de niños y niñas y adolescentes en el contexto de viajes y turismo. Fondo de gobernabilidad, derechos y protección de la niñez, agencia canadiense para el desarrollo*

internacional ACDI- (Programa Colombia.) Recuperado en:
<https://fundacionrenacer.org/wp-content/uploads/2011/08/muralla.pdf>

Estrada V, Sergio. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, (121), pp. 77 – 112.

Fráncfort, (2008). *Noticias de la OIT.* Recuperado de:
https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008942/lang--es/index.htm

Garaizábal, Cristina. (2004). *Una mirada feminista a la prostitución.* Recuperado de:

<https://www.porlosbuenostratos.org/fileadmin/plantillas/documentos/Documentos/Una%20mirada%20feminista%20a%20la%20prostitucion.pdf>

Garay, L. J. (2004). *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996.* Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industrilatina/indice.htm>

Guerrero F, Guillermo. (2008). *El Derecho Laboral en la Constitución Nacional.* Cartagena, Colombia: Alpha impresores Ltda.

Guerrero F, Guillermo. (2005). *Manual de Derecho del Trabajo.* Bogotá, Colombia: Editorial Leyer

Jaramillo Jassir, I. D. (2011). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión Jurídica*, Vol. 9, (Núm. 18), pp. 57-74. Recuperado en:
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/74>

Lamas, Martha. (2013). *Algunas reflexiones relativas al derecho a decidir sobre el propio cuerpo*. Recuperado de: <https://programadssrr.files.wordpress.com/>.

Ley 84 de 1873. (1873). *Por medio de la cual se expide el Código Civil colombiano*. Colombia.

Ley 50 de 1990. (1990). *Por medio de la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*. Colombia.

Ley 361 de 1997. (1997). *Por medio de la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad*. Colombia.

Ley 599 de 2000. (2000). *Por medio de la cual se expide el Código Penal*. Colombia.

Ley 789 de 2002. (2002). *Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*. Colombia.

Ley 1801 de 2016. (2016). *Por medio del cual se expide el código nacional de seguridad y de convivencia ciudadana*. Colombia.

Ley 1822 de 2017. (2017). *Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*. Colombia.

Londoño, B.; Sierra, J.; Coral, A. M. & Luna, B. E. (2011). *Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 2005 – 2009*. Presidencia de la República, Alta consejería presidencial para la equidad de la mujer & Universidad del Rosario. Recuperado en:

<https://pure.urosario.edu.co/en/publications/los-derechos-de-las-mujeres-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-cons>.

Mecanismo de Coordinación de País- MCP Colombia Fondo Mundial de lucha contra el Sida, la Tuberculosis y la Malaria, (2012). *Resultados del estudio comportamiento sexual y prevalencia de infección por VIH en mujeres trabajadoras sexuales en cinco ciudades de Colombia*. Bogotá, Colombia: Acierro publicidad & Mercadeo. Recuperado de: (p, 95). www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/libro-mujeres-trabajadoras-sexuales.pdf

Montoya Restrepo, L.F. y Morales Mesa, S.A. (enero-junio, 2015). La prostitución, una mirada desde sus actores. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales, Vol. 6, (Núm. 1)*, pp. 59-71.

Obando G, José. (2007). *Derecho Laboral*. Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley.

Restrepo Saldarriaga, Esteban. (2018). La constitución sentimental. Prostitución, trabajo sexual y trata de personas en Colombia. *Isonomía, (Núm. 48)*, pp. 37-67. Recuperado en 27 de junio de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182018000100037&lng=pt&tlng=es.

Rey, M. (2006). La prostitución ante el derecho: Problemas y perspectivas. *Nuevas políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas, (Núm. 2)*, pp. 97-119.

Rocha, J. (2015). *Prostitución*. Consultado en <https://prezi.com/q-4hkv7e-8us/prostitucion/>

Rojas, J. (2012). Entrevista realizada por Javier Rojas a Lorena Vasconcelos. *Revista Actualidad laboral y seguridad social*, (Núm. 170, mar-abr./2012), pp. 16-18. Colombia: Legis.

Tirado Acero, Misael. (2011). El debate entre prostitución y trabajo sexual: Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Vol. 6, (Núm. 1), pp. 127-148. Retrieved June 27, 2020, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100007&lng=en&tlng=es.

Vanegas C, Alfonso. (2011). *Derecho Individual del trabajo*. Bogotá, Colombia: Ediciones el profesional Ltda.

Zagreblesky, G. (2003). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.