

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional,
Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2013
Edición Especial

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 6, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2013

Reforma Constitucional, Política y Electoral

PRESENTACIÓN

Ernesto Álvarez Miranda 13

ESTUDIOS

Domingo García Belaunde

La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico 19

José Palomino Manchego

¿Reforma, mutación o enmienda constitucional?..... 35

Francisco Morales Saravia

La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas..... 61

Edwin Figueroa Gutarra

Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades..... 81

César Delgado Guembes

Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperar y qué no, del régimen representativo?..... 101

Victorhugo Montoya Chávez

La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011..... 153

Berly Javier Fernando López Flores

El control parlamentario de los decretos de urgencia..... 179

Stephen Haas del Carpio

La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis..... 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova
*Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control
ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades*..... 219

Cynthia Vila Ormeño
*Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación
proporcional*..... 239

MISCELÁNEA

Francisco Távora Córdova
*El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias
constitucionales*..... 271

Martha Paz
*La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada.
La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección"* 279

Abraham García Chávarri
Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales 299

Sergio Bobadilla Centurión
*Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento
jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva
constitucional*..... 311

Paola Brunet Ordoñez Rosales
Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana 339

Aldo Blume Rocha
*La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho:
El debate respecto a la dificultad contramayoritaria* 365

Carmen Ortega Chico
*Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones
Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio.* 387

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández*
STCE N.º 120/1990 403
2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos por Alberto Neira López*
STCE N.º 48/2003 405

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional:

1. *Exp. N.º 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*
Demandante: Colegio de Abogados del Cusco
Norma impugnada: Ley N.º 27600
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml> 417
2. *Exp. N.º 0014-2003-AI/TC por Evelyn Chilo Gutiérrez*
Demandante: Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml> 425

Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Treinta y un congresistas de la República
Norma impugnada: artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml> 431
2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: Leyes N.º 28389 y N.º 28449.
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-ALhtml> 439

Materia Electoral:

1. *Exp. N.º 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*
Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html> 461

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*
Demandante: Más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos
Políticos (LPP)
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html> 467

Relevante y de actualidad:

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*
Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>.... 473
2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilha*
Caso: Frontón
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf> 483
3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*
Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf> 487
4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*
Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa
Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf> 493

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA REINVINDICA UNA CATEGORÍA OLVIDADA. LA TRABAJADORA SEXUAL COMO "SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN".

POR MARTHA C. PAZ*¹¹

SUMARIO: I. Prolegómeno. II. Standares internacionales y de derecho comparado III. En el marco del derecho internacional. IV El tema de la prostitución en la primera etapa de la jurisprudencia constitucional colombiana. V Conclusión.

I. PROLEGÓMENO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, condenó en el año 2012 al Estado de España a indemnizar con 30 000 euros a una prostituta nigeriana que denunció malos tratos e insultos por parte de la Policía en dos ocasiones en que fue detenida en la vía pública en Palma de Mallorca. Los hechos de este caso se remontan a julio de 2005, cuando Beauty Solomon, mujer de origen nigeriano y con residencia en España,

[1] La doctora Martha Cecilia Paz es Magistrada Auxiliar (Letrada) de la Corte Constitucional Colombiana y docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de Hermenéutica Constitucional. Abogada, con estudios de Maestría en Filosofía de la Universidad Javeriana de Bogotá; Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes (Bogotá); Diplomada en Derecho Médico, Universidad del Bosque (Bogotá); Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); Especializada en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca (España), Especializada en Derecho Americano de la Universidad de la Florida(USA); Egresada del programa PIL de la Universidad de Harvard (Boston, Mass. USA); Diplomada en "Argumentación jurídica con perspectiva de género" del Instituto Flasco de México y Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia). Es promotora en su país de las redes de diálogos interinstitucionales del poder judicial habiendo hecho estancias judiciales de investigación *in situ* en el Tribunal Constitucional Español, La Suprema Corte de Justicia de México y la Corte Suprema Argentina. Autora de artículos en materia constitucional y filosofía del derecho.

fue agredida por agentes de la policía nacional de Palma de Mallorca mientras ejercía la prostitución. Cuando la golpeaban, los agentes le gritaron "puta negra" entre otros insultos discriminatorios, bajo el pretexto de realizar controles de identidad. Tras haber agotado todas las instancias nacionales y sin que ningún tribunal investigara los hechos, Women's Link Worldwide denunció el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el año 2008.

El 24 de julio de 2012 el Tribunal Europeo condenó al Estado Español por vulnerar el derecho de Beauty Solomon a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, al no cumplir con su obligación de realizar una investigación efectiva de los actos de violencia policial sexistas y racistas denunciados. Esta sentencia fue la primera dictada por el Tribunal Europeo reconociendo la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres prostitutas y negras en España. El Tribunal condenó la actitud discriminatoria tanto por parte de la policía que la agredió e insultó, como de los diferentes tribunales en España que no realizaron una investigación efectiva de todas las denuncias que interpuso Beauty Solomon. El Tribunal Europeo consideró que hubo en este caso una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación, aduciendo además, que las investigaciones llevadas a cabo sobre estas irregularidades en los arrestos "no fueron suficientemente profundas y efectivas" para cumplir las exigencias que invoca el artículo 3 de la Convención, que prohíbe el trato inhumano o degradante.

Es este uno de los pasos, con origen en un tribunal internacional de justicia, para empezar a reconocer los derechos de una población que ha sido históricamente desestimada, discriminada y sometida a la indignidad de no merecer la protección del Estado. Colombia se ha ido alineando a través de su jurisprudencia a las previsiones internacionales en la lucha contra la discriminación y el amparo a los derechos de las minorías sexuales, raciales y culturales. Podría decirse que la lucha por los derechos de las mujeres en Colombia comenzó a cosechar frutos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, pero es a partir de la entrada en vigor de esa Constitución, cuando las conquistas obtenidas hasta ese momento se elevan a rango constitucional. Toda la Constitución Colombiana de 1991 garantiza a las mujeres el pleno disfrute de los derechos y en especial, su derecho a estar libres de cualquier tipo de discriminación. El artículo 1º establece que "*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*"

El respeto por la dignidad humana es el eje de todo el ordenamiento constitucional colombiano y exige reconocer en las mujeres igual dignidad a la que durante mucho tiempo sólo se reconoció a los hombres. Este reconocimiento expreso en el texto constitucional constituye un paso enorme, ante todo, cuando se piensa que la calidad de "persona" y de "ciudadana" de las mujeres fue puesta en duda por muchos siglos. De otra parte, el rasgo pluralista de la definición de democracia participativa contenido en el artículo 1° de la Constitución adquiere también mucha importancia. *El pluralismo* se convierte junto con el *principio de igualdad* en un hilo conductor que recorre de manera transversal todos los preceptos constitucionales colombianos, superándose con ello la visión patriarcal masculina, impuesta de modo excluyente durante tantos años en Colombia. La Constitución de 1991 abrió la puerta a un conjunto de grupos sobre los cuales se había tendido un grueso manto de indiferencia o a quienes se había ignorado y condenado a la sumisión, a la dependencia, a la inactividad y a la invisibilidad: las etnias, las mujeres, los ancianos, las personas con limitaciones físicas o psíquicas, aquellas cuyas preferencias sexuales no coinciden con la heterosexualidad, las niñas y los niños.

En el artículo 13°^[2] de la Constitución Colombiana se consigna el *derecho a la igualdad* en sus varias facetas, esto es, como igualdad formal ante la ley, como derecho a no ser discriminados de manera injusta, como igualdad material, es decir, como exigencia para equilibrar las oportunidades vitales de las personas y evitar situaciones extremas de desprotección y desamparo.

El artículo 43° igualmente prescribe que *"fija mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades."* Y agrega de manera contundente: *"fijamujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación."* Esta prohibición se extiende a todos los campos en los que puedan surgir medidas, actuaciones, definiciones y en general, políticas con contenidos discriminatorios para las mujeres. La Corte Constitucional ha emitido una amplia jurisprudencia^[3] en

[2] *"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica." El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."*

[3] Ver Sentencias C-588 de 1992, T-484 de 1993, T-098 de 1994, C-410 de 1994, T-145 de 1995, T-202 de 1995, T-214 de 1995, T-326 de 1995, T-026 de 1996, C-309 de 1996, C-410 de 1996, C-622 de 1997, C-623 de 1998, C-082 de 1999, C-112 de 2000, C-371 de 2000, C-007 de 2001, T-1153 de 2001, T-500 de 2002, T-530 de 2002, T-610 fr 2002, C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004, C-507 de 2004, C-722 de 2004, C-101 de 2005.

relación con este asunto y ha hecho valer en múltiples ocasiones la prohibición de someter a las mujeres a cualquier tipo de discriminación, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 43 superior.

Así entonces, a partir del rol de las mujeres en la sociedad colombiana actual, no tienen cabida disposiciones que establezcan tratos discriminatorios aun cuando se trate de regulaciones dirigidas supuestamente a protegerlas, pero que al estar inspiradas en estereotipos sociales y culturales machistas perpetúan la desigualdad. La Corte Constitucional se ha ocupado de este fenómeno en repetidas oportunidades y lo ha encasillado en la llamada "*discriminación indirecta*", razón por la cual este tipo de enunciados normativos han sido declarados inconstitucionales^[4]. Sin embargo, no todo trato diferenciado a favor de las mujeres está constitucionalmente prohibido y en esa medida las acciones afirmativas a su favor, implementadas con el propósito de reparar las desigualdades históricas han significado un avance importante en la ruta por la construcción de la igualdad.

En los últimos años, las conquistas de las mujeres en Colombia se han ampliado y profundizado. A manera de ejemplo, la sentencia C-355 de 2006 sobre la opción del *aborto de supuestos o por indicaciones*, ha significado un hito importante en el reconocimiento a la mujer de los derechos sexuales y reproductivos. En esa oportunidad le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse respecto de si la penalización del aborto en todo caso y bajo toda circunstancia era compatible con las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia. La Corte resolvió que penalizar a la mujer que abortara en determinadas circunstancias — cuando el embarazo es producto de una violación; en el evento en que de llevarse a término el embarazo corra peligro la vida de la madre; cuando se presenten serias malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina; en caso de incesto - significaba imponerles una carga desproporcionada y no razonable que no armonizaba ni con los derechos constitucionales fundamentales ni con lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano.

En esa misma sentencia se pronunció la Corporación sobre algunos de los avances más destacados en materia de garantía de los derechos de las mujeres como lo son, la protección reforzada de la mujer embarazada y la preservación de su estabilidad laboral; las medidas afirmativas dirigidas a obtener su igualdad real, en especial, aquellas decisiones aprobadas para amparar a las madres cabeza de familia; la garantía del derecho de las mujeres a desarrollar

[4] Ver sentencias T-026 de 1996, C-622 de 1997, C-534 de 2005.

su personalidad, libre de imposiciones y presiones injustificadas; el derecho a gozar de las mismas oportunidades de las que gozan los hombres y el amparo de sus derechos sexuales y reproductivos¹⁵¹.

Puede concluirse que el ordenamiento constitucional colombiano en su conjunto está diseñado para acoger a la mujer como persona y ciudadana digna, merecedora del mismo respeto y de la misma consideración que se prodiga a los hombres, con plena capacidad para ejercer la gama de derechos que de modo amplio se consigna en la Constitución de 1991.

En este artículo se recrea lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T- 629 de 2010, un *leading case* que promueve un vistoso avance en la labor proteccionista de esa Corporación, al reconocer a la prostitución como una actividad económica lícita, cuyos límites aparecen impuestos por la Constitución, la ley y los reglamentos. Hace eco el fallo de que las trabajadoras sexuales son despreciadas por unos, apetecidas por otros, pero tradicionalmente olvidadas por la mayoría de Estados que por primera vez comienzan a aceptar que ellas existen y tienen derechos. Al mismo tiempo, se va ajustando la jurisprudencia colombiana con los dictados sociales que buscan evitar caer en el error **de dejar a los colectivos marginales como -presidarios, prostitutas, inmigrantes, etc.- fuera de la legalidad que ampara los derechos del resto de la ciudadanía, sea en materia de salud, de trabajo o de seguridad social.**

Se precisarán inicialmente los estándares internacionales y de derecho comparado en tomo al fenómeno de la prostitución, para luego abordar una nutrida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que cierra con la sentencia mencionada, constituyendo el precedente vigente en tomo a la protección constitucional de las personas que ejercen la prostitución.

II. STANDARES INTERNACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado no hay consenso en relación a las distintas facetas susceptibles de protección o de abolición de la prostitución: i) en general, no hay sanción legal para la conducta o ejercicio individual de la prostitución (ii) el modelo abolicionista pareciera dominar, lo que no implica que exista consenso sobre la necesidad de reconocer a la prostitución como un trabajo;(iii) exceptuando los casos de Alemania, Holanda y Nueva Zelanda, la prostitución se mantiene al margen de la ley, haciendo parte de la economía subrepticia

[5] Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003.

y negando a quienes la ejercen asistencia social completa; (iv) el producto económico de la prostitución en la mayoría de los países se somete a tributación, ya que el hecho generador del impuesto es independiente de la legalidad de la actividad y (v) universalmente, se persigue y sanciona la prostitución forzada de menores de edad y el tráfico de personas para la prostitución.

Con detalle la situación de cada país es la siguiente:

En Estados Unidos, a excepción del Estado de Nevada^[6], se sigue un modelo prohibicionista, esto es, se persiguen y sancionan las conductas de los trabajadores y trabajadoras sexuales y de quienes viven de la explotación económica de la prostitución, sin sancionar a los clientes quienes se consideran víctimas del tráfico sexual.

El neo-prohibicionismo funciona en Suecia, donde sí se sanciona al usuario de la prostitución, existiendo al respecto una Ley desde el año 1999. Sin embargo, dicha no se ha logrado mejorar la condición de discriminación de las personas prostituidas, y por el contrario, las expone más a la explotación y violación de sus derechos fundamentales, por la manera subrepticia de llevarse la actividad a fin de evadir sanciones legales.

Inglaterra se decanta por un modelo abolicionista que desconoce el fenómeno de la prostitución desde el punto de vista jurídico, y por tanto, le niega regulación normativa. Sin embargo, sí se persigue y sanciona la organización de negocios cuyo objeto sea la prostitución y la inducción a la misma, más no la actividad individual. En Italia y Francia, el ejercicio de la prostitución no está prohibido, pero sí se condena el establecimiento de negocios dedicados a la prostitución, al igual que el proxenetismo.

En España se persigue desde la explotación sexual de un tercero para su propio beneficio económico, incluso bajo el consentimiento del explotado (lo que se ha llamado rufianismo), hasta las formas de explotación en las que medie la fuerza, presión o engaño. Por su parte las comunidades autónomas tienen competencias para crear medidas urbanísticas y de salubridad que influyen de forma directa sobre los establecimientos comerciales dedicados a la prostitución.

En un punto más avanzado se encuentran países como Alemania, Holanda y Nueva Zelanda, que acogen al modelo reglamentista, con el que se reconoce a la prostitución como un mal social que debe ser regulado con el fin de evitar efectos nocivos en la salud pública, el orden social, la convivencia y buenas costumbres. Dicha regulación incluye el reconocimiento de garantías y derechos para quienes ejercen la prostitución. Esto último ha implicado que se introduzca un nuevo modelo denominado *laboral*, en el cual la prostitución se considera

[6] En este Estado, se permite que cada Condado decida si prohíbe o permite la práctica de la prostitución.

como un trabajo más, al cual también se deben aplicar los mecanismos legales que protegen a los trabajadores de abusos y violación de sus derechos.

En el caso de Holanda, el dueño del establecimiento comercial dedicado a la prostitución debe suscribir un acuerdo laboral, en donde garantice condiciones de salubridad para su ejercicio. Las instalaciones del establecimiento deben contar con oficinas para presentar quejas y reclamos contra la administración del negocio. A pesar de esta amplia regulación, se ha incrementado la clandestinidad en razón a que las contribuciones que debe asumir el empresario y trabajador son mucho mayores, lo cual hace que a corto plazo los ingresos de ambos se vean en gran medida reducidos sustancialmente.

En Alemania, igualmente la actividad de los(as) trabajadores(as) sexuales cuenta con garantías desde el punto de vista legal, pero tiene una mayor cobertura social, ya sea como trabajo por cuenta ajena o de forma independiente. Se reconocen límites al poder de subordinación patronal, pues en este tipo de actividad debe primar la voluntad de quien la ejerce directamente; únicamente se permiten exigencias en cuanto al cumplimiento de horario y lugar de trabajo. Tienen derecho a prestaciones sociales, atención médica en la sanidad pública, seguro de desempleo y pensión de jubilación.

En Nueva Zelanda desde el 2003, se exige tanto a quienes ejercen la prostitución, como a los que sacan provecho de ella, que cumplan con requerimientos de salubridad, seguridad y de orden público. A los trabajadores y trabajadoras sexuales se les reconoce derechos referentes al acceso a beneficios propios del empresario. En general a los establecimientos dedicados al negocio de la prostitución se les exige licencia de funcionamiento, excepto si se trata de microempresas. Finalmente, en ese mismo año, se creó un comité nacional encargado de examinar la realidad, las leyes y las políticas públicas relacionadas con la prostitución y a presentarle un informe a la Cámara de Representantes del Parlamento, con el fin de que éste último adopte medidas más adecuadas para proteger los intereses particulares y públicos comprometidos con el ejercicio de la prostitución^[8].

[7] Tomado de S.R. Laskowski. "The New German Prostitution Act. An Important Step To A More Rational View of Prostitution as an Ordinary Profession in Accordance With European Community Law". En *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol 18, No. 4, 2002, pp. 479-491. Citado en la sentencia T-

[8] Tomado de Catherine Healy. "Descriminalizar nuestras vidas y nuestro trabajo: el modelo neozelandés". En José Luis Solana y Estefanía Ación (eds.). *Los retos de la prostitución*, op.cit., pp. 191-196.

III. EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito del derecho internacional se ha reconocido la prostitución como una acción dañina sobre la persona sometida, muy vinculada a otros delitos, pero también con consecuencias para la salud pública (proliferación de enfermedades venéreas), para la familia y la sociedad (deterioro de la integridad familiar y de las condiciones de vida). En este sentido las normas que la regulan oscilan entre el modelo prohibicionista y el abolicionista, estableciendo condenas a quienes promueven la prostitución ajena como un negocio, e imponiendo a los Estados el deber de adoptar medidas preventivas y rehabilitadoras. Algunos tratados y normas internacionales que persiguen, condenan y sancionan el delito de trata de personas^[9], son los siguientes:

1. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres del 18 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada mediante resolución 34/180.
3. Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, suscrito en el 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este protocolo complementó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
4. Resolución 2118 de 2005 de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada en la Cuarta sesión plenaria celebrada el 7 de junio de 2005.
5. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso aprobado en Ginebra en 1957 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
6. Convenio No. 182 de 1999 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, en el art. 3 b.), se encuentra la prostitución como una de las peores formas de trabajo infantil. También los convenios 29 y 102 y las recomendaciones 135 y 136, en los que se hace referencia al trabajo forzoso vinculado con la trata de personas, que tiene entre sus objetos la prostitución.

[9] Sentencia C-636 de 2009..

IV. EL TEMA DE LA PROSTITUCIÓN EN LA PRIMERA ETAPA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

4.1. Primer caso. Un oficio indigno, un "mal menor". La sentencia T- 620 de 1995

La Prostitución ha sido un tema álgido al interior de la Corte Constitucional Colombiana y claramente su desarrollo ha dependido de las tendencias y balances en punto al *clima moral* o al pulso constitucional que ha mostrado la Corporación desde su creación. La Corte Constitucional Colombiana como todos los tribunales constitucionales, se mide con sus fallos y se delata con sus decisiones y este tópico de la prostitución no ha sido la excepción.

La sentencia que inaugura el tema, ^[10] dictada por la primera Corte Constitucional cuyo periodo cubrió los años 1992 a 2000, corresponde a la T-620 de 1995^[11] que se ubica claramente dentro de un modelo prohibicionista ajeno a la protección constitucional de este colectivo. Esa Corporación en sus tempranos pronunciamientos, consideró ciertamente a la prostitución como una actividad inmoral, contraria a la dignidad humana que no merecía protección constitucional.

Sostuvo esa primera sentencia, dictada a solo 4 años de promulgada la Constitución de 1991, que el Estado no podía sancionar ni perseguir el ejercicio de la prostitución por dos razones : (i) porque materialmente resultaba imposible y (i) porque en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad el Estado debía respetar la opción de vida que las personas escogieran cuando se dedicaban a este oficio. Sin embargo, precisó la sentencia, que el Estado debía procurar controlar, limitar y desestimular el ejercicio de la prostitución

[10] Las decisiones de la Corte Constitucional son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una "C", y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una "T". Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por 9 magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por 3 magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan "SU". Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, ("C", "T" o "SU") que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.

[11] Sentencia T-620 del 14 de diciembre de 1995. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: Expediente T-52600..

con medidas de tipo policivo y urbanístico. Consideró la Corte en ese primer acercamiento al tema, que se trataba de una actividad indeseable dentro del Estado Social de Derecho, que atentaba contra la dignidad humana, por ser inmoral y por ende indigna de amparo.

Los hechos del caso que generaron tal doctrina fueron los siguientes: el señor Aristóteles ¹¹²¹ vivía con su familia cerca a una de *zona de tolerancia*. Tanto él como sus hijas menores de edad, se veían expuestos a situaciones de inseguridad derivadas de las constantes riñas callejeras, escándalos públicos y robos que diariamente se presentaban por la presencia de los prostíbulos. Debido a esta situación, solicitó el amparo a sus derechos fundamentales a la tranquilidad, la intimidad y a la seguridad para que se ordenara el cierre definitivo de estos establecimientos que atentaban, según su opinión, contra la moral y las buenas costumbres.

La Corte abordó el tema desde la perspectiva de la moral social, los derechos fundamentales de los niños, la intimidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo que protege la Constitución en Colombia y la existencia de las zonas de tolerancia en centros urbanos. La *moral social* la encauzó como un componente del orden público, un valor de interés general que propende por el mantenimiento de una conducta ajustada a principios éticos y orientada al logro de una convivencia armónica. En esa medida, dentro del *caso concreto*, evidenció cómo las hijas del accionante estaban expuestas a escándalos públicos por conductas obscenas y por tanto eran víctimas de *violencia moral*.

El derecho a la intimidad lo definió como el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compatible sólo con aquellos que la autonomía de su voluntad designe, y en algunos casos con quienes naturalmente, están ligados a ella por vínculos de familia, pero en una medida no absoluta, sino razonable[m]. Añadió que la intimidad comprende la dimensión familiar, ya que la familia necesita desarrollarse en su propio entorno de reflexión, comprensión, colaboración y amor. La familia es considerada la célula básica de la sociedad, porque allí se da el ambiente adecuado para iniciar la educación de los niños. Es por esto que la familia debe ser protegida contra toda influencia nociva que afecte e invada la intimidad familiar, y no puede prevalecer derecho alguno contra ella, ya que se atentaría contra el fundamento mismo de la sociedad.

[12] Nombre adaptado a este artículo para preservar el derecho a la intimidad de la accionante; en las sentencias publicadas por la Corte en casos similares tampoco se hace mención al nombre real de los peticionarios siguiendo reiterada costumbre de esa Corporación en los casos en los cuales se tratan temas sensibles relacionados con datos de la vida privada de los peticionarios.

[13] Página 13 sentencia analizada.

Respecto a las *zonas de tolerancia*, el Tribunal Constitucional humildemente reconoce que según la realidad histórica y sociológica, la prostitución no puede ser eliminada de manera total, porque se concibe como un fenómeno común a todas las civilizaciones del mundo, originado por múltiples causas de tipo social, cultural, económico, síquico, etc. Ante la imposibilidad de eliminarla, el Estado ha decidido controlar y limitar su campo de acción, a través de las llamadas "zonas de tolerancia", cuya finalidad se concreta en evitar que los establecimientos de comercio dedicados a la prostitución se propaguen indiscriminadamente hacia zonas residenciales. Concluyó esa decisión que en el Estado Social de derecho la prostitución no es deseable, por considerarse contrario a la dignidad humana el hecho de comerciar con el propio cuerpo. Sin embargo, aclaró que en tanto sería un esfuerzo inútil perseguirla y erradicarla, se aceptaba como un "*mal menor*", es decir, se consideró una "*conducta no ejemplar ni deseable, pero que es preferible tolerar y controlar, a que se esparza clandestina e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud*"^[14]

En virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, estimó que los individuos pueden optar entonces por la prostitución como forma de vida, "*pero al hacerlo no pueden ir en contra de los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia.*"^[15]

Las anteriores razones llevaron a concluir que la prostitución no podía considerarse un trabajo honesto, en tanto su esencia era la de una actividad evidentemente inmoral. Por tanto, debía permanecer al margen de una protección constitucional, que por el contrario sí se predicaba del trabajo honesto, considerado como una actividad ética que propendía por la producción de bienes y la realización personal. En suma, en esta primera decisión, la Corte concluyó que el trabajo que protegía la Constitución Colombiana sólo podía ser el trabajo honesto, y por tanto, es este tipo de actividad sobre la cual se funda el Estado Colombiano, *contrario sensu*, la prostitución, no estaba protegida ni promocionada por la Constitución.

4.2. Sentencia SU-476 de 1997^[16]. Es deber de las autoridades del Estado rehabilitar a quienes ejercen la prostitución.

Un habitante de la ciudad de Bogotá solicitó la protección a sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad e intimidad personal y familiar;

[14] Páginas 12 y 13 sentencia analizada.

[15] Página 14 sentencia analizada

[16] Sentencia SU-476 del 25 de septiembre de 1997. Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente T-127.634.

a la vivienda digna, al del medio ambiente sano, a la paz y de petición, que consideraba vulnerados por la presencia de establecimientos de comercio dedicados a la prostitución, al desnudismo y venta de licores, lo cual a su vez generaba actos de violencia, atracos, drogadicción y escándalos públicos.

En este caso la Corte concedió el amparo de los derechos a la intimidad, a la integridad personal y familiar, a la tranquilidad, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a vivir en condiciones dignas del peticionario, debido a que si bien la ley no podía sancionar la prostitución como tal, en virtud del respeto al libre desarrollo de la personalidad, las autoridades debían *"utilizar los medios de protección social que tuvieran a su alcance para prevenirla y para facilitar la rehabilitación de quienes se dedicaran a este oficio. Incluso, la ley facultaba a la Nación, los departamentos y los municipios, para organizar instituciones donde las personas que ejerzan la prostitución encuentren medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse"*

4.3. Sentencia C-507 de 1999: La prostitución, una opción de vida

En el año 1999, aún bajo la misma composición de la llamada primera Corte Constitucional, pero con un giro más maduro en la argumentación, se precisó sobre la imposibilidad de sancionar y perseguir la prostitución como actividad, en tanto se trataba de una decisión que correspondía al fuero interno de cada persona y una opción de vida que debía respetarse, sin discriminar a las personas que la ejercían.

Se demandaba en esa ocasión, la inconstitucionalidad de algunos apartes del artículo 184 del Decreto 85 de 1989 relativo al régimen disciplinario para las Fuerzas Militares Colombianas. La norma cuestionada decía lo siguiente: *"Cometen falta contra el honor militan los oficiales y suboficiales en servicio activo que incurran en hechos o situaciones que afecten el honor del cuerpo de oficiales o suboficiales o la dignidad de la institución castrense, tanto en actividades del servicio como fuera de ellas." A su vez señalaba que eran faltan al honor militar entre otras ejecutar actos de homosexualismo o practicar o propiciar la prostitución".*

Alegaba el demandante, que la norma establecía una discriminación con base en la condición sexual del individuo, incurriendo en violación directa de los artículos 13 (principio y derecho a la igualdad), 15 (derecho a la intimidad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 21 (derecho a la honra), 42 (protección a la familia constituida por vínculos naturales), de la Constitución Política Colombiana y también de disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[17] Sentencia analizada.

En el escenario constitucional mencionado, debía resolver la Corte si los principios y derechos reconocidos por la Constitución Política permitían sancionar disciplinariamente a los militares en servicio activo que incurriesen en la práctica de la prostitución o si penalizar tales comportamientos afectaría a la familia como núcleo esencial de la sociedad, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

El honor militar [18] estaba definido en el ámbito de las fuerzas militares como *"el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor; lealtad, rectitud y decoro y que colocan al oficial y suboficial en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a la que pertenece."* Su justificación era claramente proteger la reputación de las instituciones de las fuerzas armadas y de sus miembros, por lo cual se estimaba necesario exigirles adoptar los comportamientos sexuales que la comunidad consideraba correctos, e imponer sanciones penales a aquellas conductas reprochables por la sociedad.

Bajo el predicado del amplio margen que la Constitución Colombiana prodiga a la defensa del fuero interno de las personas a través de la consagración y reconocimiento de derechos tales como al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al buen nombre, la Corte entendió que las personas pueden autodeterminarse libremente sin ninguna injerencia por parte de las instituciones públicas, siempre y cuando sus decisiones en materia personal no afecten el orden público y la organización social.

Aplicando la técnica de la interpretación por *armonización concreta*, la Corte consideró que los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y al buen nombre, hacen parte esencial de la personalidad del ser humano, porque permiten su reconocimiento e individualización por parte de la sociedad. Por tanto, las limitaciones que se impongan a estos derechos deben obedecer a superiores intereses constitucionales, sin que afecten su núcleo esencial, que en el tema de la sexualidad, se concreta en el proceso de autodeterminación en cuanto a preferencias o inclinaciones sexuales. Igualmente consideró que se viola el principio de igualdad material cuando la ley crea límites al ejercicio de la libertad sexual con medidas o sanciones, basadas en razones referentes al sexo o a las preferencias sexuales que determinada persona puede tener.

Añadió que la sexualidad es un elemento consustancial a la persona, por lo que hace parte del fuero interno más íntimo de la misma y es una manifestación de su libertad y autonomía. Por tanto, el Estado no puede interferir en el proceso de formación de una identidad sexual, ya que las razones de una política estatal pueden prevalecer o estar por encima de la persona misma. Por tales

[18] Artículo 183° del Decreto 85 de 1989.

fundamentos, la Corte consideró que no era razonable calificar de "*antisociales*" a las prostitutas porque son personas que han optado por ese tipo o forma de vida sexual, que obedece factores de orden personalísimo, y por tanto, no pueden ser tachados como tales.

La Corte señaló que tanto la prostitución como la homosexualidad "*eran opciones sexuales válidas dentro del Estado de derecho colombiano, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna. Por el contrario, según las voces de la propia Constitución Política, su condición de personas libres y autónomas debe ser plenamente garantizada y reconocida por el orden jurídico, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la comunidad*". En consecuencia, determinó que la norma acusada de inconstitucional sí estaba contrariando las normas constitucionales al establecer sanciones para la conducta descrita en el literal c) del artículo 184, por lo cual no podía aceptarse como causal de sanción disciplinaria, excepto si se daba el caso de asociación con fines ilícitos.

4.4. Sentencia C-636 de 2009¹⁹: la inducción a la prostitución es violatoria de derechos fundamentales

Se estudiaba para este caso una norma del Código Penal Colombiano referida a la inducción a la prostitución y la consecuente sanción con pena privativa de la libertad de diez a veintidós años y multa de sesenta y seis a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, a quien "*con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona.*"

La prostitución no se puede perseguir ni sancionar penalmente, pero la tipificación penal de la inducción a la prostitución resulta legítima en la medida en que se protege la dignidad humana de la persona prostituida, y se pretende desalentar o desestimular el tráfico y explotación sexual, fue la decisión adoptada por la Corte para ese caso.

Se demandaba la inconstitucionalidad del artículo 213 (inducción a la prostitución) de la Ley 599 de 2000 Código Penal y a juicio de quien demandaba se vulneraba la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, puesto que la norma atentaba contra el fuero interno de la persona y no le permite autodeterminarse y escoger su opción de vida. Debía resolverse como problema jurídico si la tipificación del delito de inducción a la prostitución es violatoria del principio de

[19] Sentencia C-636 del 16 de septiembre de 2009. Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7586.

proporcionalidad, entre el derecho a la libertad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.

La denominada segunda Corte Constitucional, años 2000 a 2008, asumió el estudio de esta demanda, afirmando que el legislador se encuentra legitimado para establecer sanciones penales, en este caso, a las conductas dirigidas a promover, estimular y patrocinar la explotación sexual del ser humano, en virtud de la Cláusula general de competencia que en la Constitución Colombiana surge del artículo 150 numerales 1 y 2, de la Constitución Política).

En virtud de la cláusula general de competencia, el legislador también tiene un amplio margen de configuración en materia penal. Dicho margen, sin embargo, encuentra límites en los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión y oficio. Igualmente, no puede contrariar principios rectores del sistema punitivo como lo son la razonabilidad y la proporcionalidad, que se derivan del derecho al debido proceso.

En una argumentación más sofisticada que la realizada en los casos ya relacionados, la Corte se adentra en un decantado juicio de proporcionalidad para establecer, si la sanción penal impuesta a la conducta de inducción a la prostitución desbordaba los límites de la configuración legislativa, en tanto vulneraba el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la libertad a escoger profesión y oficio, o si por el contrario, la medida resultaba proporcional a los fines y valores de la Constitución Colombiana

En la línea de análisis, la Corte sostuvo que la prostitución como la ha entendido la jurisprudencia (precisamente en los casos que en este artículo se mencionaron) vulnera la dignidad humana que es un principio fundamental dentro del Estado social de derecho, y fundante del ordenamiento jurídico, por lo cual el legislador, a través del artículo 213 que sanciona penalmente la conducta de inducción a la prostitución, está persiguiendo un *fin constitucionalmente válido y legítimo*, pues a pesar de que la prostitución es jurídicamente tolerada, la Corte reconoce que la misma comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, por lo cual es "*legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla*"[²⁰]. El primer criterio del test de proporcionalidad acepta que el fin de norma es constitucionalmente válido.

Encuentra así que la sanción penal de la conducta de inducción a la prostitución *es necesaria*, porque produce un verdadero daño social e implica una amenaza para los derechos de otras personas y de la comunidad entera, y es *legítima* en tanto el legislador tiene competencia para establecer que comportamientos atentan contra

[20] Sentencia analizada. Pagina 21

la integridad sexual de las personas y que merecen sanción penal en razón al daño antijurídico que infringen a la persona y a la sociedad.

Si bien la Corte aceptó que en virtud de la autodeterminación sexual, una persona es libre de ejercer la prostitución, estimó que es legítimo que el legislador persiga y sancione la conducta del tercero que mediante sugerencias, insinuaciones u otro tipo de recursos, obtenga provecho económico de la explotación sexual de una persona. Para la sentencia, dicha conducta punible escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana. Aclara la sentencia, que el objetivo perseguido por la norma demandada es la lucha contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de las personas de ejercerla, con mayor razón si se tiene en cuenta, que la sanción se impone a aquel que promueve el ingreso a esta actividad para satisfacer a otros y obtener con ello un provecho específico.

En cuanto a la forma desproporcionada en que, según el accionante, la sanción impuesta por el artículo 213 del Código Penal restringe los derechos a la autodeterminación y a escoger libremente un oficio o una profesión, la Corte concluyó que la norma se justifica en razón a la necesidad de combatir efectivamente la prostitución, por razón de los efectos nocivos que produce y por las causas que la generan. Además, en consideración a la prevalencia del interés general y el respeto de los derechos ajenos, resulta totalmente ilegítima la conducta de aquel que incita a que otra persona se prostituya y así obtener beneficios, no solo económicos si no para su provecho personal. En conclusión, consideró, que la norma demandada no restringía de manera desproporcionada los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio, así como tampoco vulneraba el principio de lesividad, pues el fin de la norma es la protección de la dignidad humana, así como los intereses colectivos afectados por los efectos colaterales de la prostitución. Por lo anterior, la Corte mantuvo en el ordenamiento legal el artículo 213 de la Ley 599 de 2000, declarando su constitucionalidad.

4.5. Sentencia T-629 DE 2010¹²¹: una actividad económica lícita, reconocida por el Derecho.

En este último caso, debía resolver la Corte si una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se trata de una mujer embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de trabajadoras, para efectos de su estabilidad laboral, derechos a la seguridad social y en definitiva, para la salvaguarda del mínimo vital suyo y del hijo que está por nacer.

[21] Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente T-2384611

En esta sentencia se decide la acción de tutela interpuesta por LAIS^[22], quien se desempeñó por más de 11 meses (desde el 9 de febrero de 2008 hasta el 16 de enero de 2009) como trabajadora sexual en un bar-disco. El primero de diciembre de 2008 la accionante supo que se encontraba en estado de embarazo, y ese mismo día se lo comunicó a su empleador.

El 14 de enero de 2009 el médico tratante informó a la peticionaria que su embarazo era de gemelos y por lo tanto, de alto riesgo, razón por la cual el empleador decidió cambiarle el turno y el sueldo, asignándole labores de aseo y administrativas. Desde el 22 de febrero hasta el 23 de marzo, la tutelante trabajó de nuevo en el horario de 3: 00 p.m. a 3:00 a.m. El 24 y 25 de marzo le fue negada la entrada al sitio de trabajo y finalmente el 26 de marzo fue despedida en razón a su estado de embarazo de alto riesgo.

Ante esta situación, la señora LAIS decidió interponer acción de tutela (amparo constitucional) contra el establecimiento donde trabajaba buscando protección a sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital, los cuales consideró vulnerados al ser despedida mientras estaba en estado de embarazo y siendo madre cabeza de familia.

La Corte constitucional en una decisión sin precedentes dentro de su jurisprudencia, remota el concepto de igualdad y a partir de él construye un extenso *holding* para la decisión. Frente a la igualdad formal, asume el fallo, que el Estado debe cumplir con un *mandato de abstención*, es decir, abstenerse de incurrir en prácticas que generen algún tipo de discriminación que resulte injustificada, desproporcionada e irrazonable. Respecto de la igualdad de trato, lo que también la jurisprudencia ha llamado *mandato de intervención*, estima igualmente que el Estado debe procurar una igualdad real y efectiva a través de actuaciones positivas o de intervención.

La Corte consideró que los trabajadores y trabajadoras sexuales constituyen un grupo tradicionalmente discriminado y que por tanto merecen especial protección. En consecuencia, cuando sean afectados o disminuidos los derechos de dichos grupos con la adopción de tratos diferenciados respecto de otros grupos sociales en situaciones similares, ya sea a través de la expedición de normas jurídicas por parte del legislador o se produzcan decisiones dentro de un proceso judicial o se ejecuten medidas o programas por parte de la administración, existe de manera preliminar una presunción de discriminación^[23] por utilizar *criterios*

[22] Este es un nombre ficticio asignado por la Corte para proteger la identidad de la accionante.

[23] Esta presunción de inconstitucionalidad, implica que el juez realice un test estricto de igualdad. Véase por ejemplo las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001.

*sospechosos*¹²⁴¹, que contrarían la prohibición de discriminación contenida en la Constitución Colombiana. Así, las autoridades tendrán la carga de probar que no han violado la prohibición de discriminación para exonerarse de su responsabilidad.

Contrario a la jurisprudencia de origen, en esta ocasión la Corte no deja duda sobre la calificación de la prostitución como una *actividad lícita*, en tanto se trata de un fenómeno imposible de eliminar, y aunque genere gran conflicto a nivel moral y axiológico, es innegable que existe en el mercado; que es una actividad de la que muchas personas obtienen el sustento económico para su vida; que ha sido tolerada a nivel social, y que está reconocida y regulada en muchos ordenamientos jurídicos con medidas de control, prevención y rehabilitación. Por tanto, las relaciones que surgen entre quienes ejercen la prostitución, quienes demandan el servicio y los dueños de los establecimientos de comercio, se podrán considerar y entender lícitas en la medida en que: i) respeten la libertad y dignidad humanas, así como los derechos ajenos; ii) respeten los límites más severos previstos en los tipos penales del título IV, capítulo cuarto del Código Penal, a más de cualquier otro delito y iii) Den cumplimiento a las normas de carácter policivo existentes, relacionadas como el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social.

El reconocimiento de la *licitud*, es mirado desde los pactos internacionales que obligan al estado colombiano a través del seguimiento al bloque de constitucionalidad, constituyendo en la sentencia una forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el cual los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, el cual comprende el derecho de toda persona a ganarse la vida, mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, se comprometen a tomar medidas para garantizar este derecho. También se desarrolla el artículo 6° del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de DD.HH, en donde se reconoce el derecho al trabajo como el que "incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

A la luz del principio y *derecho a la igualdad formal*, para la Corte, la prostitución dentro del marco impuesto por el Derecho, constituye una actividad económica que hace parte de los mercados de servicios existentes, sometido a sus propias reglas de oferta y demanda y en la que un cierto número de actores procuran alcanzar un beneficio económico para subsistir, proveerse el mínimo vital, ganarse la vida o desarrollarse económicamente. Es decir que

[24] La Corte ha reiterado que dichos criterios o categorías sospechosas deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos, y "su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros" (sentencia C-371 de 2000).

a través suyo, guste o no, se ejercen libertades económicas, que en el marco del principio de igualdad formal, de trato, de prohibición de la discriminación sin causas legítimas que lo justifiquen, están llamadas a arrojar las consecuencias que se espera de las mismas.

Fue enfática la sentencia en sostener que en todas las modalidades en las que una persona puede ejercer la prostitución, se deben respetar el derecho a la libertad, el derecho y el deber de trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio y la autonomía privada. Por otro lado, la persona que ejerce la prostitución debe asumir las cargas y riesgos que supone su actividad, a cambio de la expectativa legítima de que obtendrá una contraprestación económica por los servicios que presta. Además, esta actividad realiza uno de los fundamentos del Estado, como es el trabajo, y cumple con el mandato constitucional que reconoce al trabajo como derecho y deber dirigido a satisfacer las necesidades y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

La protección al trabajador y trabajadora sexual no resulta contraria a la Constitución, ya que en ella no se encuentra disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen el oficio. Por el contrario, se considera que la protección que el Estado debe brindar a estos trabajadores desarrolla el principio de igualdad y las cláusulas de diferenciación subjetiva (artículos 53, 13, 43 y 44 constitucionales), en la medida en que se intenta hacer un reparto equitativo de derechos, obligaciones y responsabilidades, lo cual no sería posible sin el previo reconocimiento de una relación y contrato laboral, que beneficie los intereses y proteja los derechos de quien presta los servicios sexuales de forma personal. Es decir, con el reconocimiento y regulación del contrato laboral entre la persona que ejerce la prostitución y el dueño del local o establecimiento comercial, se cumple el propósito fundamental de evitar que el ejercicio de la prostitución genere consecuencias excesivamente gravosas para quien la ejerce, y que beneficie exclusivamente al empresario.

La Corte aplica su doctrina sobre el *contrato realidad*, y afirma que en el caso de la prostitución existen todos los elementos de los contratos laborales (horarios, salarios y subordinación) razón adicional para no dejar su amparo a la deriva. En palabras de la propia sentencia *"el desarrollo o ejercicio de la prostitución como trabajo, y por tanto, como forma de ganarse la vida, merece reconocimiento y protección por parte del derecho en el sentido de garantizar que todas aquellas obligaciones contraídas por el empleador y que no fueron canceladas por él mismo durante el tiempo en que la relación de trabajo estaba vigente, serán exigibles por parte de los trabajadores y trabajadoras sexuales."*

Sin embargo, un *pero* asalta la argumentación de la sentencia: la Corte advirtió que dadas las especiales características del trabajo sexual, que en muchos aspectos afectan la dignidad humana y que en ese sentido, al igual que el elemento de subordinación es precario o muy limitado en este tipo de contrato laboral, también los derechos del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido en caso de

despido injusto también se configuran como derechos precarios o restringidos. Es decir, los trabajadores y trabajadoras sexuales no podrán acudir ante los juzgados y tribunales de justicia laboral para reclamar dichos derechos, ya que estas instancias judiciales no pueden defender ni promover la prostitución.

Por esta razón, pese a que la sentencia ordena la protección del derecho a la igualdad, trabajo, dignidad y seguridad social ordenando una indemnización salarial y el pago a la trabajadora de las semanas correspondientes a descanso remunerado y la vinculación a la Seguridad Social, la Corte niega la pretensión de reintegro, tras considerar que ese recurso laboral está excluido de las garantías laborales de quien trabaja por cuenta ajena como prostituta o prostituto, dada la especificidad de la prestación que se ejecuta en este tipo de contrato, y por la forma en que dicha prestación riñe con los ideales liberales, racionales y de la dignidad humana del constitucionalismo nacional y con los deberes dispuestos en el derecho internacional.

V. CONCLUSIÓN

La Corte resolvió en este caso paradigmático, la tensión entre los derechos y bienes jurídicos que se relacionan con el ejercicio de la prostitución, y de paso protegió la situación de los trabajadores y trabajadoras sexuales atenuando un poco las condiciones de discriminación que siempre han vivido. Se decantó el fallo por un imperativo constitucional que demanda del Estado el reconocimiento de garantías mínimas que les permitan a los trabajadores y las trabajadoras sexuales desempeñar su oficio en condiciones dignas y de igualdad; "permitiéndoles ser vinculadas no solo a un sistema policivo de protección en salud y cuidado propio, sino también el ingreso al sistema general de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales, así como ahorrar para la jubilación y cesantías"^[25].

La línea de la jurisprudencia se cierra con este caso, que reconoce la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital. La Corte concluye que en estos casos se configura un contrato realidad en razón a que las trabajadoras sexuales desarrollan una actividad personal sujeta a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales, todo ello a cambio de una retribución económica.

[25] Sentencia analizada. Página 97.