

ANÁLISIS DE LAS GARANTIAS QUE OTORGA EL ESTADO COLOMBIANO A LOS TRABAJADORES SEXUALES

Autor(a)

Geraldine Arzayús Henao¹

Introducción

El trabajo sexual es una de esos temas controversiales en cualquier sociedad, que abarca consideraciones éticas, morales, religiosas, jurídicas, y hasta políticas. Lo cierto es que en el ordenamiento jurídico colombiano a través de pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional se inició el debate jurídico frente al reconocimiento del trabajo sexual como una actividad legal. El Estado una vez reconoce derechos debe garantizarlos, es por esto, que este ensayo busca exponer si existen o no garantías por parte del Estado Colombiano para el ejercicio de la prostitución como trabajo.

El núcleo de este escrito se centra en el análisis jurídico de la Sentencia T-629 de 2010 efectuada por la Corte Constitucional en donde se aborda el reconocimiento de derechos a la población que ejerce el trabajo sexual. En síntesis, se quiere evidenciar si los derechos otorgados a los trabajadores sexuales se ven materializados tanto jurídica como socialmente.

Así pues, siguiendo lo dicho por (Tirado, 2011) *“las implicaciones del trabajo sexual en el plano legal han tenido históricamente entre sus contradictores y seguidores debates*

¹ Diplomado de perfeccionamiento *“fundamentos del debido proceso en el sistema jurídico colombiano”*. Escuela de Derecho. Universidad del Sinú - seccional Cartagena. Teléfono: 3104518352, correo electrónico: Geralarzah@hotmail.com

representados en diversas corrientes jurídicas; tema que no resulta fácil de abordar teniendo en cuenta sus aproximaciones al plano de la moral, sumado a los borrosos límites con la ilegalidad.”

El Estado como institución tiene un rol determinante en las implicaciones que se ponen sobre la mesa al tratar el fenómeno social de la prostitución no solo en un contexto nacional, sino en un momento donde las leyes evolucionan de acuerdo con un panorama internacional planteando no pocos dilemas frente al fenómeno que se desborda de los límites territoriales, siendo el caso de la sentencia T-629 de 2010 que abre la discusión en Colombia respecto al reconocimiento de la actividad de la prostitución como trabajo y sus implicaciones en las dimensiones económica y social.

Palabras Claves: Trabajo sexual, prostitución, garantías, Corte Constitucional.

Cuestiones previas

Para poder abordar el tema de trabajo sexual, debemos dejar claro el concepto de prostitución, más allá de que sea una acepción altamente manejada por la sociedad y por la comunidad académica. Sostiene (Romi, 2006) que etimológicamente, prostitución viene del latín *prostitutio onis, de prostituere*, exponer en público, poner en venta. Son las relaciones sexuales que mantiene una persona a cambio de dinero. En los últimos tiempos se hace referencia a la prostitución como *Trabajo Sexual*.

Expresa el mismo (Romi, 2006) que: *“para que exista prostitución se requiere las siguientes condiciones: 1) Que haya relaciones sexuales, heterosexuales u homosexuales. La creencia habitual es considerar que sólo puede hablarse de prostitución cuando una mujer ejerce su comercio sexual con varones. Sin embargo, no debe excluirse el caso de la homosexualidad, en vista de que existe desde hace tiempo una verdadera profesionalización de este tipo, sobre todo en las grandes ciudades.*

2) Que el acto se realice por una remuneración; no se debe tener en cuenta sólo el pago en dinero, sino también el que se hace por cualquier otro medio que implique una recompensa traducida en ventajas materiales;

3) Que los actos sexuales sean frecuentes o habituales con las características mencionadas.

4) Que exista pluralidad de personas con las cuales el acto sexual lucrativo se realiza.”

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la prostitución o Trabajo Sexual como toda actividad en la que una persona intercambia servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien. De manera tal que la prostitución o Trabajo Sexual es una actividad que exige como condiciones: a) Una entrega sexo corporal como contraprestación lucrosa (tarifa), b) Sin selección previa del cliente, ni interés erótico o amoroso personal, c) Dicha actividad admite prostitutas y prostitutos.

Siguiendo a (Romi, 2006) también podemos esbozar, las distintas vertientes o sistemas que asumen diferentes países sobre el trabajo sexual, existiendo así los siguientes: 1) Sistema Reglamentarista, bajo este sistema el Estado asume el control de la actividad. Delimita los espacios públicos y privados, sus horarios y características. Identifica y registra la oferta, a través

de licencias o de credenciales, y a partir del reconocimiento del riesgo de contagio de infecciones de transmisión sexual. Ejerce un sistema de control médico obligatorio, estableciendo los mecanismos de supervisión, además de identificar los lugares clandestinos de comercio sexual.

2) Sistema Prohibicionista, la represión penal es la característica principal que define a este sistema. Los países que lo practican tienen como política el tomar acciones policíacas ante cualquier oferta sexual, pública o privada que implique una retribución monetaria. Se pretende eliminar tanto la reglamentación como el ejercicio de la prostitución. Para el Estado, en este sistema, la persona que practica el trabajo sexual es un delincuente y deberá responder ante la justicia por su conducta o en el mejor de los casos se le enviará a un establecimiento de reeducación o de reincorporación social hasta que se logre el objetivo de eliminar el trabajo sexual. Los bienes jurídicos tutelados son la moral pública y las buenas costumbres, argumento que deja de lado el libre acuerdo de personas que no afectan a terceros persiguiendo, incluso, los servicios que se otorgan en lugares privados.

3) Sistema Abolicionista, actualmente, el sistema abolicionista predomina en el escenario internacional. Se fundamenta en la consideración de que toda prostitución es una explotación del cuerpo del ser humano, y que la reglamentación de la actividad sólo consigue perpetuar esta injusticia. El trabajo sexual no es considerado como delincuente, sino más bien como víctima del tráfico humano, sujeto a rehabilitación, incluso contra su voluntad.

Derecho Comparado

En materia de Derecho Comparado numerosos países han venido desarrollando pronunciamientos y disposiciones en su ordenamiento interno con el fin de responder a los debates que plantea esta materia. Teniendo en cuenta los sistemas antes descritos, sostiene (Tirado, 2011) que *“analizando los diferentes aspectos de cada uno de los modelos normativos, se puede establecer que: (i) Estados Unidos (a excepción de Nevada y algunos otros) son de tendencia prohibicionista; (ii) son abolicionistas Inglaterra, Italia y Francia; (iii) Alemania, Holanda y Nueva Zelanda conceptualizan el modelo normativo reglamentarista”*.

En España, el Código Penal contempla una regulación que persigue el proxenetismo y la prostitución infantil o con discapacitados. Sin embargo, por su diseño de gobierno han sido las comunidades autonómicas internas y los entes territoriales los que han ido más a fondo sobre el asunto. En este sentido, Bilbao, Cataluña, Valencia, las Islas Baleares, Tarragona y Madrid han encaminado su regulación a continuar con las restricciones de carácter nacional, y a limitar la actividad de forma locativa, permitiendo su desarrollo en espacios particularmente determinados.

En Holanda se organizan los prostíbulos en los denominados distritos rojos, sin embargo, se está en la búsqueda continua de transformar estos espacios, especialmente en la lucha contra el proxenetismo y la prostitución de menores. Por el contrario, en Suecia la lógica es abolicionista, por considerar a la prostitución una situación de explotación, así también funciona en el Reino Unido, donde únicamente se acepta la prostitución individual y voluntaria, sin terceros, o proxenetes.

En la (Sentencia T-629, 2010) se expresa que, por el contrario, Bélgica, Grecia, Dinamarca, Alemania, Austria, Australia y Finlandia, consideran legal la actividad de la prostitución. Algunos, como Bélgica y Australia, tienen regulados los lugares dispuestos para

estas actividades y limitan el ejercicio callejero por motivos de orden público y seguridad. Otro, como Finlandia, van camino a la abolición a través de la penalización de quien solicita el servicio, con el fin de prevenir el tráfico de personas y las actividades ilegales que son cercanas a la prostitución.

México, por ejemplo, ha venido instaurando distritos y zonas de tolerancia donde se permite el ejercicio de la prostitución. (Sentencia T-629, 2010) Sin embargo, se han enfrentado a retos que son bastante comunes en esta clase de espacios, tales como problemas de salubridad, proxenetismo y seguridad en general. Asimismo, han existido inconvenientes con que los sitios donde se practica la prostitución se ubiquen principalmente en zonas turísticas y los bordes de las ciudades, generando quejas y enfrentamientos.

En Argentina se vive una situación similar, ya que en Buenos Aires se ha desatado un conflicto entre los actores involucrados en un conflicto por el buen o mal uso del espacio público, discusión que trasciende para convertirse en un debate sobre quien merece vivir y trabajar en la ciudad. (Sentencia T-629, 2010) Frente a esto, las autoridades han intentado sancionar, ignorar y regular la situación, sin obtener mayores resultados, por encontrarse en medio de intereses de residentes, comerciantes y trabajadores sexuales. Este conflicto escaló a tal punto, que la justicia bonaerense se pronunció en 2012 en el marco de un recurso de amparo, a través de la Sala Primera de Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en el que expuso que las denominadas zonas rojas debían mantenerse alejadas de residencia, templos religiosos y centros educativos.

Análisis jurídico de las garantías que otorga el estado colombiano a los trabajadores sexuales

Habiendo dejado claro lo anterior, podemos iniciar el análisis jurídico de el estado actual del trabajo sexual en nuestro ordenamiento. Sea lo primero señalar que el trabajo sexual es una actividad lícita en el Estado colombiano, toda vez que no se infrinjan los tipos penales señalados en los artículos 213 al 219-B de la ley 599 de 2000 (Código Penal). En esos tipos penales se señalan como ilícitas las conductas de inducción a la prostitución, proxenetismo con menor de edad, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, turismo sexual, entre otras conductas penalizadas.

A partir de la lectura de esos tipos penales, se puede afirmar que la condición de voluntariedad, es decir la voluntad libre e inequívoca de una persona mayor de edad de ejercer la prostitución es lo que en principio define la diferencia entre el trabajo sexual realizado de manera legal o ilegal. A partir de lo hasta aquí expuesto se procurará abordar el trabajo sexual desde una óptica de las garantías laborales y de protección de derechos otorgados por el Estado a través de los fallos de la honorable Corte Constitucional.

El tipo penal que tradicionalmente ha marcado la línea en que la prostitución se torna ilícita, es el de inducción a la prostitución, el cual según su consagración normativa en el Código Penal, reza lo siguiente: *“el que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veintidós (22) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*. (Ley 599, 2000)

Sentencia T-629 de 2010

Desde esta icónica sentencia, en Colombia se empezó a hablar, al menos en un rango jurídico, de la prostitución como un trabajo, puesto que en dicha providencia se da el reconocimiento de derechos laborales a trabajadoras sexuales, y resulta icónica por el hecho que la prostitución históricamente ha tenido una desprotección plena por parte del Estado que ha optado por ignorar tal problemática social.

En la Sentencia T- 629, la Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales: a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, 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, a una mujer que ingresó a laborar como prostituta en un bar.

Tal y como lo señalan (Delgado & Valdivieso, 2011) el fallo es considerado un hito dentro de las sentencias del derecho del trabajo colombiano; puesto que para los autores *“difícilmente hay pronunciamientos sobre situaciones que se salgan del contexto empresarial clásico ya que el trabajo de una persona que se dedica a la prostitución suele estar rodeado por condiciones de marginalidad social y desprotección estatal, en la mayoría de los casos. La innovación de la sentencia y el enfoque del magistrado son fundamentales, porque se rescata del olvido, en que normalmente tienen los fallos y la ley, a este grupo de trabajadores y muestra una realidad incómoda ante la opinión pública”*.

En aquella oportunidad expresó la Corte, que una de las expresiones de la cláusula de igualdad es la protección de grupos, tradicionalmente discriminados o marginados, lo que debe

generar la intervención estatal; Para la Corte resulta absurdo que la protección legal sea la desprotección y que se mantenga un discurso de igualdad sin el reconocimiento de derechos.

En la sentencia T-629 de 2010 se abordó el problema jurídico de si una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se encuentra 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, salvaguarda del mínimo vital. Así como el antiguo argumento de que el reclamo de derechos laborales derivados de la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena, no es siquiera admisible ni por tanto debe ser garantizado, en razón de la discriminación negativa que opera por causa de su objeto ilícito, en tanto contrario al orden público y las buenas costumbres.

En la providencia en mención, manifestó la Corte la licitud de la prostitución en la medida que se ejerza de una forma libre y se obtenga lucro por ello; sostuvo la Corte que: *“los estados deben procurar que existan medidas asistencialistas de higiene y desarrollo social, así como el cumplimiento de reglamentación de índole policiva. El derecho no prohíbe la existencia de zonas en las que se ejerza la prostitución, delimita áreas específicas para su ejercicio y al mismo tiempo debe luchar por ayudar y rehabilitar a quienes trabajan en este oficio. Por tanto, no es coherente que, como actividad, la sociedad la reglamente y reciba la tributación que esta genera, y por otra condene al ostracismo a quienes se dedican a su ejercicio”*. (Sentencia T-629, 2010)

Así las cosas, el fallo en cuestión, reconoció derechos de carácter laboral a una trabajadora sexual que es despedida del bar en que trabajaba en estado de gravidez. La Corte consideró que se encontraban plenamente acreditados los elementos del contrato realidad:

remuneración, actividad personal y subordinación, por ende, el empleador debía pagar la indemnización por despido injusto además de la licencia de maternidad.

Como argumento de la decisión antes descrita, declaró la Corte lo siguiente:

“es del caso concluir que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del “contrato realidad”, esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. 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. 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”. (Sentencia T-629, 2010)

Desidia del legislador

Haciendo un pequeño barrido de la actividad legislativa del Congreso de la República frente al trabajo sexual, tenemos que, en el ejercicio legislativo de regulación de la actividad, se destacan dos momentos; uno, que corresponde a la iniciativa elevada en 2013 mediante el proyecto de Ley 079 para reglamentar el trabajo sexual en el país que finalmente no fue aprobada, y la presentada en 2017 a través del proyecto de ley 065, por medio de la cual se pretendían establecer medidas de protección, víctimas de proxenetismo y trata de personas.

A través del Proyecto de Ley 79 de 2013 del Senado de la República, a título de ley ordinaria se intentó regular el trabajo sexual, dicho proyecto de norma buscó establecer un trato digno a las personas que ejercen el trabajo sexual, de igual modo quiso fijar medidas afirmativas a su favor para garantizar la dignidad de las personas que ejercen la prostitución no forzada, a partir del reconocimiento de sus derechos como sujetos de especial protección constitucional. Lastimosamente, el proyecto de ley en mención fue archivado por tránsito de legislatura.

Por su parte, el Proyecto de Ley 065 de 2017, procuraba establecer medidas de protección a las personas que se encuentren en situación de prostitución, víctimas de proxenetismo y trata de personas, en aquel momento se deseó instituir sanciones económicas a las personas que pagan por sexo, así como generar mecanismos de protección y medidas alternativas a las personas que se encuentran en situación de prostitución.

Estos dos intentos de regular el trabajo sexual, aunque contrapuestos en el fondo de sus objetos, son los únicos que se han tramitado en el Congreso de la República desde la expedición

de la Sentencia T-629 de 2010, lo cual da muestra del desinterés del legislador colombiano por regular la materia.

Consideraciones del autor

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, es claro que no existe regulación alguna en materia laboral ni de seguridad social que consagre derechos y garantías a favor de las y los trabajadores sexuales, grupo social históricamente discriminado y desprotegido socialmente, debido a la falta de legislación se presume que no operan las garantías en materia de jubilación, salud, seguro de desempleo. Salvo excepcionalmente en casos muy puntuales donde mediante el uso de la acción de tutela se logre acceder a dichas garantías.

Para esta autora, se debe destacar lo logrado por la Corte Constitucional con la Sentencia T-629 de 2010, a través de la cual rompió la concepción tradicional de la sociedad colombiana que por décadas se ha discriminado y señalado a quienes por una u otra razón escogen el trabajo sexual como su oficio, personas segregadas que a través de la venta de su cuerpo tratan de conseguir lo necesario para su subsistencia y de su familia.

Como explica (Borbón, 2017) la Corte, a través de su pronunciamiento, pone fin a tal práctica, reconociendo derechos de carácter laboral luego de un minucioso análisis de los derechos fundamentales de que son titulares estas personas que por su situación social, familiar, económica han tenido que ejercer la prostitución como medio de subsistencia, otorgando total respeto a quienes eligen dicha actividad como opción de vida, no sin antes exhortar a las autoridades Estatales, sobre la necesidad de establecer y poner en marcha los mecanismos necesarios para la protección efectiva de los derechos de las personas que ejercen la prostitución,

al igual que el respeto y trato igualitario en relación a los derechos laborales y a las garantías de que ellas son titulares.

Se podría afirmar que la Corte con la protección de derechos laborales para los trabajadores sexuales, esta garantizando otros derechos de carácter fundamental, como lo son la autodeterminación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, el derecho a la igualdad. Derechos que necesitan materializarse en una legislación acorde a los parámetros de nuestro Estado Social de Derecho, y que respete las garantías otorgadas por el máximo tribunal constitucional.

Por otra parte, considera esta autora, que como ciudadanos, debemos exigir a nuestros gobernantes y al Congreso de la República una verdadera inclusión social para quienes ejercen el trabajo sexual, dado el trasfondo de reconocimiento de derechos sobre el que se ha insistido a lo largo de este ensayo, en nuestra consideración esa inclusión se puede lograr mediante la expedición de una ley y su respectiva reglamentación, donde se reconozca taxativamente que las y los trabajadores sexuales son también parte de un Estado Social de Derecho, y en este sentido sus derechos son irrenunciables e inalienables, lo que implica que el Estado debe en todo momento amparar tales derechos.

Conclusiones

La prostitución es una práctica social que se ha venido presentando desde tiempos inmemoriales como forma de expresar la libertad corporal de la que dispone la persona, tanto en la actividad económica que genera beneficios al individuo en una sociedad, respecto de los

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

La sentencia T-629 de 2010 objeto de estudio del presente ensayo tiene un alcance normativo suficiente para establecer la protección de derechos laborales y de seguridad social a las trabajadoras sexuales que desempeñen su oficio u ocupación en los términos de la vigencia o presencia de una relación laboral entre el o la trabajadora sexual y el dueño del establecimiento de comercio que ofrece servicios sexuales y para ello contrata personal. Si bien es una sentencia de tutela con efectos inter partes logra esclarecer un poco el panorama de los derechos de las trabajadoras sexuales en determinadas condiciones y da vía para la interpretación de la normatividad constitucional y laboral para la protección a esta población discriminada y en situación de desigualdad.

En este sentido, se establece entonces que el trabajo sexual legalmente ejercido, es una actividad que se encuentra garantizada pero de manera muy incipiente por nuestro ordenamiento jurídico, el trabajo sexual pese al pronunciamiento constitucional aún se encuentra de cierto modo desprotegido en relación a otros derechos otorgados por vía de jurisprudencia constitucional; por lo que, el reconocimiento de derechos de estas personas, debe pasar por acciones inmediatas de garantía de derechos laborales, y ya en un mediano plazo, por el diseño de una legislación y regulación que garanticen su inclusión social, laboral, económica, etc.

Referencias

- Borbón, S. D. (2017). Tratamiento normativo y jurisprudencial del trabajo sexual en Colombia frente al condicionante histórico-social de vulneración de derechos. *Universidad Católica de Colombia*, 1-24.
- Delgado, C., & Valdivieso, M. (2011). Sentencia T-629 de 2010 la prostitución y el contrato de trabajo. *Unidad Laboral Legis editores*(164).
- Ley 599, Diario Oficial No. 44.097 (Congreso de la República 24 de Julio de 2000).
- Romi, J. C. (2006). La prostitución: enfoque psiquiátrico, sexológico y médico-legal. *Alcmeon, Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, 13(2), 5-28.
- Sentencia T-629, Expediente T-2384611 (Corte Constitucional 13 de Agosto de 2010).
- Tirado, M. (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*, 6(1), 127-148.