

PROSTITUCIÓN. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE SU REGULACIÓN Y LEGITIMIDAD EN COLOMBIA

Paola Vanessa Hernández Villa¹
Alejandro Abraham De León Llanos²

Resumen

Alrededor de la prostitución, en Colombia se ha desarrollado un debate enfocado en la concretización de la posición del ordenamiento jurídico frente a su legitimidad y regulación en relación con la dicotomía planteada por posturas contrapuestas como lo serán la regulación, implicando el reconocimiento constitucional y en materia de derechos laborales; su abolición, al considerarse contraria a la dignidad humana; y su prohibición. Este tema toma una especial importancia al observar el impacto social que genera el ejercicio de la prostitución, tanto en aquellos que participan directamente de su actividad, como en la sociedad en general. El análisis se realizará partiendo del examen del marco legal, doctrinal y jurisprudencial; Escenarios a través de los cuales se ha buscado el reconocimiento y protección de la prostitución a través del Derecho. Finalmente, a partir de la labor investigativa se reconoce que el ordenamiento jurídico colombiano dista de tener una posición definida frente al tema. No obstante, se resalta la existencia de una visión garantista de los derechos de quienes ejercen la prostitución, en tanto se les reconoce como sujetos en una situación especial de vulnerabilidad, lo anterior, teniendo como fundamento la dignidad humana y la libertad.

Palabras clave: Prostitución, prohibicionismo, abolicionismo, regulacionismo, trabajo sexual.

¹ Estudiante de la Universidad Libre, Barranquilla, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, del programa de Derecho. Grupo Poder Público y Ciudadanía. Semillero Transformaciones democráticas y Democracia participativa, dirigido por el Dr. Alfredo Ramírez Nárdiz. paolav-hernandezv@unilibre.edu.co

² Estudiante de la Universidad Libre, Barranquilla, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, del programa de Derecho. Grupo Poder Público y Ciudadanía. Semillero Transformaciones democráticas y Democracia participativa dirigido por el Dr. Alfredo Ramírez Nárdiz. alejandroa-deleonn1@unilibre.edu.co

Abstract

Around prostitution, in Colombia a debate has been developed focused on the concretization of the position of the legal system about its legitimacy and regulation in relation to the dichotomy posed by opposing positions such as regulation, implying constitutional and legal recognition in matters of labor rights; abolitionism, based on the consideration of prostitution to be contrary to the human dignity, and prohibitionism. This topic takes on special importance when observing the social impact generated by the exercise of prostitution, both in those who participate directly in its activity, and in society in general. The analysis will be carried out based on the examination of the legal, doctrinal and jurisprudential framework; Scenarios through which the recognition and protection of prostitution through the law has been sought. Finally, based on the investigative work, it is recognized that the Colombian legal system is far from having a defined position on the subject. However, the existence of a guaranteeing vision of the rights of those who exercise prostitution is highlighted, as they are recognized as subjects in a special situation of vulnerability, the above, based on human dignity and freedom.

Key Words: Prostitution, prohibitionism, abolitionism, regulationism, sex work.

Introducción

La prostitución se presenta como un objeto de estudio relevante cuando se advierte que a raíz de este fenómeno se han generado una serie de discusiones importantes de orden moral, social, antropológico y jurídico, a través de las cuales se deja ver el reflejo de una sociedad con construcciones mentales diversas acerca de la mujer, el sexo, el placer y la vida, lo que incide en la proyección que tiene el derecho sobre la legitimidad y reconocimiento de este fenómeno.

Generalmente, el análisis puede darse a partir de las distintas posiciones que se han erigido a lo largo de la historia a favor de la defensa, eliminación o prohibición de la prostitución, las cuales se materializan a través de diversas conductas encaminadas a definirla y paralelamente, a formar una opinión en la sociedad sobre esta. Hágase notar que, cuando se discute sobre la prostitución, habrá que entender que esta no está aislada o

separada de otros intercambios con intereses establecidos alrededor del sexo, pudiendo identificarse la existencia de una industria del comercio sexual, avalada por el capitalismo y la idea de libre mercado.

Con respecto al debate sobre la prostitución, se estudiarán y explicarán las posturas que existen alrededor de la misma, que son: el prohibicionismo, que aboga por la criminalización y prohibición de la actividad y por un profundo rechazo social a la mujer prostituta; el regulacionismo, que busca la regulación en el marco del derecho laboral, con la finalidad de proteger a quienes ejercen la prostitución, y por último, el abolicionismo, que pugna por el reconocimiento de la prostituta como una mujer víctima de un sistema que mercantiliza y explota su cuerpo; además, busca centrar la discusión sobre el proxeneta y el “comprador de sexo” y no en la persona en situación de prostitución. Lo anterior, teniendo como norte el estudio del fenómeno en la realidad jurídica colombiana, a partir del estudio de normas nacionales vigentes y los tratados y convenios suscritos por Colombia, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional relevante al tema, buscando identificar la postura asumida por el ordenamiento jurídico colombiano.

Metodología

Este texto se desarrollará a través de una metodología teórica-cualitativa, la cual partirá de un análisis bibliográfico doctrinal, legislativo y jurisprudencial recurriendo al estudio de las diferentes posturas sobre la legitimidad y regulación de la prostitución, asimismo, se buscará identificar los alcances y repercusiones jurídicas relevantes. Dichas conclusiones generales serán extraídas haciendo uso de un método analítico-sintético a partir del estudio pormenorizado de doctrina, legislación y jurisprudencia.

Avances, Resultados, Discusión

Posiciones Frente al Fenómeno

Prohibicionismo, regulacionismo y abolicionismo. Estas son las posturas que se reconocen a la hora de evaluar la legitimidad y regulación consecuente de la prostitución, que se toman como referencia al momento de abordar el tratamiento normativo de la prostitución en los distintos Estados.

En primer lugar, se encuentra el prohibicionismo, entendido como aquella postura que busca la prohibición total y rotunda de la prostitución, esta propone considerarla como un delito, en tanto “pretende la penalización de la prostitución, pretendiendo eliminar cualquier reglamentación de quien ejerce el comercio sexual” (Pineda y Castillo, 2017, p. 18), basándose primordialmente en un modelo moralista alimentado por creencias religiosas y la idea de la forma de vida “correcta” que históricamente se ha impuesto en las sociedades.

Luego, el regulacionismo, tal como Gurnani (2018, p. 14) expresa, busca la defensa de los derechos de quienes ejercen la prostitución, entendiéndoles como trabajadores sexuales. Esta situación debe ser reglamentada por los diferentes ordenamientos jurídicos, buscando la protección de estas personas. Por otro lado, esta postura plantea que con dicho reconocimiento se acentuará la distinción entre la prostitución libre y reglamentada a la forzada, (Ateka, 2017, p.7) e incluye el reconcomiendo de derechos laborales y la aceptación de la prostitución como una profesión legítima. Así no se persigue a ninguno de los tres actores presentes, el proxeneta, el que acude, “comprador” ni a la “trabajadora sexual”.

En contraposición, el abolicionismo tiene como base la idea de que el trabajo sexual no puede darse de forma voluntaria ni libre pues como señala la prostitución es una forma de violencia que conlleva a la anulación de la persona prostituida, (Chejter, 2016, p.1) entendiendo que es una situación que permite la mercantilización de aquella y de su cuerpo, considerando que dentro de este contexto es vista como una mercancía sujeta a las dinámicas del mercado.

En ese sentido, se considera que la prostitución convierte a quien la ejerce en víctima de una actividad que vulnera sus derechos humanos, que no surge de una elección libre, pues se debe tener en cuenta que las razones detrás de la decisión de prostituirse se encuentran generalmente condicionadas por difíciles situaciones socioeconómicas, como plantean Becerra y Gómez (2016),

El abolicionismo no castiga a la persona que realiza esta actividad puesto que es considerada como víctima, sino va contra el proxeneta y el cliente, toda vez que el último es el conector entre la víctima (persona prostituida) y el victimario (proxeneta), así exista un consentimiento previo. (p.12)

Lo anterior para referirse a que esta postura propone, por un lado, prohibir y sancionar, incluso a través de medidas de orden penal, a todo el sistema, con excepción de la persona en situación de prostitución, frente a quien se debe establecer un sistema integral de protección, en concordancia con su situación de desprotección. Por lo tanto, el abolicionismo se opone a la regulación del comercio sexual, propendiendo su eliminación por parte de los Estados.

Analizando las posturas anteriormente referenciadas, salta a la vista la discusión existente sobre si los Estados deben enfocarse en el reconocimiento del trabajo sexual, otorgándole derechos laborales o, alejarse de esta opción y, por el contrario, desarrollar políticas públicas encaminadas a la eliminación de la prostitución con un enfoque de protección.

¿Prostitución o Trabajo Sexual?

La dicotomía entre ambos términos viene dada por la óptica contrapuesta de dos posturas. Por un lado, el abolicionismo, que considera a la prostitución como una forma de violencia que debe ser erradicada, pues vulnera los derechos de quien la ejerce, y, por otro lado, el regulacionismo, que plantea el reconocimiento de los derechos laborales de aquella persona en situación de prostitución, haciendo uso de la redefinición de la misma a través del término “trabajo sexual”.

En este punto se debe tener en cuenta que el término “trabajo sexual” no es solo otra forma de referirse a la prostitución, pues en realidad se trata de una manera de reivindicar su ejercicio, caracterizado por la libertad y voluntariedad de la persona que la ejerce. Desde este punto de vista deja de ser ese “objeto sexual” cosificado y mercantilizado para pasar a ser “sujeto sexual”, apropiándose al máximo su libertad y autonomía, (art. 16º CPC 1991). En ese sentido, este “trabajo sexual” deberá cumplir con las condiciones necesarias para asegurar que su ejercicio mantenga intacta la dignidad humana, (art. 1º CPC 1991), la libertad, (art. 13º CPC 1991), así como los demás derechos derivados de esta.

Como explica Heim (2011), el concepto de trabajo sexual implica el entendimiento de la prostitución como un “intercambio consensuado por dinero”, que además va acompañado del cuestionamiento de los estigmas y prejuicios existentes alrededor de la prostitución, el

reconocimiento de la validez de la autonomía de quien ejerce y .de la utilización legítima de su cuerpo como una herramienta de trabajo (p. 245).

En contraposición a esta postura, el abolicionismo plantea la imposibilidad de reconocer una situación que es generadora de violencia, desigualdades y que atenta contra la dignidad humana, como un trabajo. Además, plantea la necesidad de un rechazo para quien consume la prostitución, el “comprador”, así como para quien induce al ejercicio, proxeneta. Mas, sin embargo, se tiene una profunda solidaridad con aquella que la ejerce; esto en función de la situación de vulnerabilidad a la que están expuestas.

A pesar de todo lo anterior, es importante reconocer la existencia de estigmas y prejuicios relacionados con la sexualidad y sistema moral presente en la sociedad, que recaen sobre quienes ejercen la prostitución. Asimismo, es fundamental tener en cuenta que el ejercicio de la prostitución está estrechamente relacionado con la intimidad de una persona, de manera que se hace necesario reconocer el mar de experiencias de quienes participan en ella al momento de analizar este fenómeno.

En consecuencia, cualquier postura, con excepción de la prohibicionista; requiere de la eliminación de esos estigmas impuestos sobre quien ejerce la prostitución, generando un cambio de paradigma.

La prostitución en el ámbito internacional

Por otro lado, el tratamiento que se le ha dado a la prostitución en el derecho internacional se ha visto marcado por una tendencia a proteger a quien ejerce, pero enfocada a la persecución de las distintas formas de explotación sexual y trata de personas.

Precisamente en 1949 las Naciones Unidas adoptaron la Convención Para la Represión De la Trata de Personas y de la Explotación De la Prostitución Ajena, en donde se declara la obligación por parte de los Estados firmantes de combatir las distintas formas de comercio sexual, incluso cuando es consentido por la persona prostituida. En este punto, es preciso entender que con ello se manifiesta una clara prohibición del lenocinio y demás formas de proxenetismo, lo cual se observa desde los primeros artículos.

En la convención no se busca castigar a la persona que ejerce la prostitución, sino a los sujetos que induzcan, exploten o concierten a otra persona para ejercer la prostitución,

ya sea directamente, o en cumplimiento de labores de administración y financiamiento de tal actividad.

En 1967, se presenta la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, que en su artículo 8 manifiesta la obligación de adoptar “todas las medidas apropiadas, inclusive medidas legislativas, para combatir todas las formas de trata de mujeres y de explotación de la prostitución de mujeres”. Tal obligación se adoptaría plenamente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.

En el año 2000 se suscribe el Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementando la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; tal como explican Becerra y Gómez (2016), en esta se hace énfasis en la persecución al constreñimiento que se ejerce sobre la víctima de la trata, desestimando el consentimiento que se consigue por medio de engaños, abuso o ejercicio de relaciones de poder desequilibradas; refiriéndose a estas conductas como delitos. Igualmente se manifiesta la necesidad de prevenir la prostitución y conseguir el acceso a programas de rehabilitación y adaptación social.

En el año 2010, en el Programa De Las Naciones Unidas Para El Desarrollo (PNUD) presentó La Comisión mundial del VIH en conjunto con la familia ONUSIDA, con el objetivo de conseguir un liderazgo mundial en materia de derechos humanos y legislación relativa al VIH. La ONU plantea el reconocimiento del “trabajo sexual” como una opción válida, esto se ha visto evidenciado en estrategias para tratar el contagio por enfermedades sexuales, tales como Llegar a Cero (2011-2015).

Así, la ONU ha considerado que el reconocimiento jurídico, en contraposición a la clandestinidad, permite la protección, tanto de quienes se entenderán “trabajadoras sexuales”, como de los “compradores”. Lo anterior en un contexto en el que el reconocimiento del trabajo sexual promueva la desestigmatización y abandono de las personas que ejercen la prostitución.

En un informe de 2012 la comisión hace un análisis importante al respecto, resaltando que la penalización y el estigma conlleva a un peligro general derivado de la falta de

protección legal frente al abuso y la discriminación cuando el trabajo del sexo se encuentra penalizado.

LA PROSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL

A través de los años, la posición de la legislación colombiana frente a la prostitución se ha visto marcada por una especie de regulacionismo no institucionalizado, tal como se evidencia a través de algunas leyes que dejan en entredicho que el ejercicio de la prostitución en Colombia no se considera como un delito o infracción, por el contrario, es una opción de vida válida, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se expondrá.

La norma más prominente del ordenamiento jurídico colombiano con respecto a los límites legales establecidos a la prostitución se encuentra en el Código Penal, ley 599 de 2000, como se evidencia a través de las conductas tipificadas en el capítulo IV “De la explotación sexual”. Así, el reproche legal recae sobre la inducción a la prostitución, (art. 213), el constreñimiento a la prostitución (art. 214) y el proxenetismo en general; además, se observan con especial atención las conductas en cuya descripción típica se tiene como sujeto pasivo a un menor de edad.

Para la legislación nacional, los dos tipos penales anteriormente señalados protegen el bien jurídico de la libertad, formación e integridad sexual. Sobre estos, la Corte Constitucional ha justificado su permanencia en la legislación penal, bajo el argumento de que se trata de una conducta vulneradora de la dignidad humana, (art. 1º CPC 1991). Por otro lado, esta corporación reconoce la existencia de una relación entre la trata de personas y la prostitución, tal como se evidencia en la sentencia C-636 de 2009. En ese sentido, y con referencia a esta conducta, Restrepo Saldarriaga (2018), asevera que su tipificación no es en sí misma una forma de eliminar la prostitución bajo la óptica del abolicionismo, pues está alejada de identificar y reprochar la conducta del “comprador de sexo” (p. 54-55).

En relación con el establecimiento de los límites a la prostitución, se expidió la ley 1236 de 2008 que se encargó de modificar el código penal en lo relacionado a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, aumentando la pena consagrada en el

artículo 213 a una de 10 a 22 años y posteriormente la ley 1329 de 2009, la cual incluyó un artículo independiente, el artículo 213-A sobre la inducción a la prostitución a menores.

Por otro lado, la prostitución también se ha regulado a través de normas urbanísticas, encargadas de definir las áreas donde se ejercerá, al considerarla como una actividad de alto impacto en la sociedad. A estas áreas se les conoce como “zonas de tolerancia” y generalmente se encuentran definidas en los planes de ordenamiento territorial de las entidades territoriales, teniendo en su cabeza la facultad de disponer del uso del suelo. Al respecto, el decreto 4002 de 2004, en su artículo segundo referencia la incompatibilidad relacionada con la coexistencia de estas zonas cerca de zonas residenciales o escuelas. Este decreto modificó la ley 388 de 1997 así como la ley 902 de 2004.

Con especial relevancia hay que mencionar el proyecto de ley 079 de 2013, “Por la 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 a restablecer sus derechos”, teniendo como antecedente jurisprudencial la sentencia T-629 de 2010, que marcó un precedente importante para el reconocimiento del “trabajo sexual”.

Este proyecto de ley se presentó como un intento de definir la posición de la prostitución o “trabajo sexual” en el marco de la legislación colombiana. En ese momento se plantearon definiciones, garantías, deberes y obligaciones, apuntando al reconocimiento del “trabajo sexual”. Dentro de los puntos relevantes de este proyecto de ley se tienen, por ejemplo, los relacionados con la afiliación de quienes ejerzan el trabajo sexual al sistema de seguridad social, el reconocimiento de los derechos laborales consagrados en el código laboral, los deberes y obligaciones en cabeza de los establecimientos de comercio dedicados al lenocinio, así como la unificación de las diferentes normas urbanísticas con respecto a las zonas destinadas para su ejercicio.

En ese sentido, de acuerdo con Zarate y Hereira (2018), el proyecto tuvo como objetivos, a) reconocer esta actividad como un trabajo y ofrecerle las garantías necesarias en materia de seguridad social, b) establecer y delimitar los deberes y obligaciones en cabeza de los establecimientos de comercio en virtud de los derechos constitucionales reconocidos en

la sentencia T-629 de 2010 e, c) impulsar la implementación de acciones afirmativas en conjunto con las distintas instituciones estatales. (p. 47).

Como resumió Aguilar (2015), este proyecto fue sujeto de cuestionamientos que estuvieron relacionados con la legalización del ofertamiento de la prostitución en los establecimientos de comercio y por lo tanto la minimización del tipo penal de inducción a la prostitución. Además, se criticó la posible incentivación del ejercicio a través de la mercantilización de la prostitución. (p. 48-52). Así, esta propuesta, con sus posteriores modificaciones realizadas en el transcurso del debate no prosperaron y, por lo tanto, no hacen parte del ordenamiento jurídico vigente.

Por otro lado, la prostitución también estuvo regulada y definida por el art. 178 del derogado Código de Policía, el Decreto 1355 de 1970 con sus respectivas modificaciones. Actualmente el código de Policía, ley 1801 del 2016, la contempla dentro de su capítulo tercero, titulado “ejercicio de la prostitución”. El artículo 42 reconoce que a través del derecho policivo no se busca sancionar el ejercicio de la prostitución, y reconoce que quienes la ejercen, “Se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad para ser víctimas de trata de personas, explotación sexual o feminicidios, todas formas de graves violencias de género contra población tradicionalmente discriminada”.

Especial relevancia tiene el artículo 42 de esta ley cuando textualmente contempla que, “las personas en situación de prostitución se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad”, seguido de una mención de las conductas lesivas de los derechos humanos de las que pueden ser víctimas. Este artículo reconoce una realidad que se revela como reiterada cuando se analiza la prostitución. Asimismo, esta norma deja ver un enfoque de protección por parte del Estado.

En el mismo sentido se expresan los artículos 43 y 44, que consagran deberes, obligaciones y requisitos específicos para el “ofertamiento” de la prostitución en establecimientos de comercio y para quienes la ejerzan. Entre los catorce numerales del artículo 43 se encuentran disposiciones aplicables para los propietarios de los establecimientos, con respecto a cuestiones de sanidad y trato digno y respetuoso para quienes ejercen la prostitución, entre otros. Además, se observa la existencia de múltiples

“requisitos” que en realidad serán deberes de actuar que versan sobre la protección y respeto para quienes se encuentran inmersas en la prostitución. Por último, los artículos 45 y 46 pasan a establecer comportamientos a los que se deben ceñir los propietarios de los establecimientos y los “compradores de sexo” so pena de incurrir en contravenciones.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la prostitución

En este acápite se reseñará la jurisprudencia de la Corte Constitucional relevante para identificar las posiciones sobre la prostitución en dicha corporación.

Jurisprudencia referente a las zonas de tolerancia

En primer lugar, la sentencia T-620 de 1995 abordó el ejercicio de la prostitución y su relación con respecto a la moral social como derecho protegido, además de los derechos de los menores y las zonas de tolerancia para el ejercicio de la prostitución. Para este periodo, la Corte manifestó una visión peyorativa frente a dicho fenómeno, refiriéndose como una actividad “inmoral” y “lamentable” que ha demostrado ser imposible de erradicar y que estaba lejos de ser considerada como un trabajo reconocido y protegido como cualquier otro, expresando en sus términos lo siguiente:

De 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.

(T-620 de 1995)

En la misma sentencia se hace referencia a las zonas de tolerancia, manifestando que su delimitación es necesaria, pues, frente a la imposibilidad de suprimir la prostitución resulta indispensable controlar los espacios en los que se ejerce para evitar que altere el orden público, dando a entender que dicha reglamentación refleja la aceptación de un mal menor con el fin de limitar su radio de acción.

Luego, la sentencia SU-476 de 1997 se centraría en lo relacionado al control de las entidades gubernamentales con respecto a los lugares donde se ejerce la prostitución, esto en función de la protección de la moral y el orden público, así como la protección de los derechos a la seguridad, la salubridad y la tranquilidad pública. En esta medida, asienta el

compromiso del Estado de procurar por la reducción de la prostitución tanto de hombres como mujeres.

Por otro lado, justificó nuevamente la delimitación del ejercicio de la prostitución a través de las zonas de tolerancia, pues estas aseguran una menor afectación al interés social y familiar en los casos en los que esta desbordara los límites del orden público, basándose también el artículo 42 superior, con respecto a la protección constitucional de la familia.

Antes de continuar, vale la pena mencionar la posición actual de esta corporación frente a las zonas de tolerancia, pues hoy se reconoce la existencia de prejuicios y estigmas relacionados con estas áreas urbanísticas. Además, se reconoce que la justificación para crear dichas zonas se encontraba basada en la discriminación, puesto que se preferiría mantener el ejercicio de la prostitución “escondido” y alejado del resto de la sociedad. Esto, planteado en sentencias más actuales como la T-594-16 y la SU-062 de 2019.

En la ocasión de 1997, la Corte se mostró más garantista con respecto a los derechos de las personas que ejercen la prostitución, en contraposición a la sentencia T-620 de 1995, expresando lo siguiente:

La Corte no pretende desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las prostitutas y travestidos en cuestión. (...) 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. (T-620 de 1995)

A través de esta sentencia, se entiende que la prostitución en sí misma no está prohibida, sin embargo, se reitera que esta debe ser ejercida bajo parámetros razonables y proporcionados que no afecten los intereses de terceros.

Eventualmente en la sentencia T- 594 de 2016, se refiere a las posturas tomadas en 1995 y 1997 sobre las medidas de reducción de la prostitución, manifestando que, si bien es acertado plantear la necesidad de protección y rehabilitación, no puede ser visto solo desde una óptica de salubridad pública pues esto trae consigo un estigma sobre quienes ejercen la prostitución por considerárseles personas cuyos comportamientos son “desviados”, generando así una discriminación por partida doble, social y legal, siendo la primera en tanto

la prostitución es “tolerada, pero al mismo tiempo es provista como indigna e indeseada” y la segunda como resultado de prejuicios y discriminación.

En este orden de ideas, esa “nocividad” que identifica la Corte ya no estaría basada solamente en la moral y la sanidad pública, sino que pasaría a considerar las situaciones de precariedad y vulnerabilidad en las que se encuentran quienes ejercen la prostitución. Situaciones que valen como fundamento para calificar esta actividad como degradante para la persona humana.

Jurisprudencia referente al tipo penal de inducción a la prostitución

En la sentencia C-636 de 2009, anteriormente citada, se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 213 del Código Penal tipo de Inducción a la Prostitución. El cargo se fundamentó, entre otras cosas, en el hecho de que al ser la prostitución una actividad “lícita”, bajo el entendido de que no es penalizada por la ley colombiana; no se puede perseguir a quien induce a su ejercicio y que además la decisión de quien es “inducido” de optar por la prostitución parte de la “libre autodeterminación”.

En ese sentido, la Corte reitera que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene establecida una prohibición para el ejercicio de la prostitución, pero si existe un deber frente a su existencia, pues para el Estado social de Derecho la prostitución no es deseable por “ser contraria a la dignidad de la persona humana el comerciar con el propio ser”, de la misma forma, plantea que la realidad de la prostitución es una que ha impulsado a los distintos Estados a buscar su erradicación o desincentivación en mayor medida usando como mecanismo el control de las “zonas de tolerancia”, espacios donde se desarrolla la actividad.

De esta manera, el deber del Estado será velar por reducir los efectos nocivos que tiene la prostitución puesto que. Aunque reconoce que la misma puede ser producto de la libre escogencia de los individuos, admite también que los valores personales, la dignidad humana y, en muchas ocasiones, los derechos de los menores involucrados directa o indirectamente en esa opción de vida requieren de una protección especial por parte de las autoridades. De allí que la Corte haya reconocido que la ley puede disponer mecanismos de control para evitar la proliferación de dicha alternativa de vida. (C-636 de 2009)

De esta manera, se evidencia que la posición del ordenamiento jurídico colombiano no es penalizar a aquella que ejerce, sino protegerla, consecuentemente, el reproche recaerá sobre quien induce, promueve, estimula y patrocina el ejercicio de la prostitución, con la finalidad de obtener un lucro o una satisfacción de algún tipo. Esto en el entendido de que la explotación sexual vulnera la dignidad humana y que dicha conducta se vale de diversos mecanismos y artificios encaminados a colocar a la prostitución como una opción atractiva, incluyendo el aprovechamiento de las difíciles situaciones socioeconómicas en las que se puede encontrar la persona, como, por ejemplo, el desempleo; para orillarles al ejercicio, situación que termina condicionando la autodeterminación libre de la persona.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que persigue la inducción a la prostitución, reconoce la prostitución como una actividad que puede ser desarrollada por personas que la han escogido a través del ejercicio de su libre albedrío, sin coacción o incentivos de terceros, pues, de no darse estas condiciones, serían comportamientos merecedores de reproche estatal.

En esta sentencia C-636 de 2009, también se hace una mención extensa de diferentes instrumentos internacionales que permiten evidenciar una preocupación alrededor de los efectos que derivan de la prostitución, los cuales, según se expresa, son negativos y son de gravedad para la sociedad, en virtud de la posible “incentivación” de esta práctica, reconociendo, además, la existencia de un vínculo estrecho entre la trata de personas y la prostitución.

Aunado a lo anterior, la Corte asevera que “frente al riesgo de ofensa de la dignidad personal, e incluso de la autodeterminación sexual y de la propia libertad personal, el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente”. Esta última cita, se relaciona con la posibilidad de que un consentimiento inicial frente al ejercicio de la prostitución se pueda convertir en la posibilidad de ser víctima de redes de esclavitud y trata de personas, teniendo en cuenta que, si bien en principio se estuvo “de acuerdo” con respecto al ejercicio, eventualmente aparecería la violencia y vulneración severa de derechos, tal como se expresa cuando afirma que, “Un consentimiento inicial, viciado ya por la necesidad o por la ignorancia, es altamente susceptible de convertirse en sujeción coactiva”.

Así, la sentencia C-636 de 2009 concluye diciendo que, “el tipo penal previsto en el art. 213 CP puede configurarse incluso sobre la base del consentimiento expreso de la víctima, en donde el sujeto activo simplemente la induzca”. En ese sentido, el objetivo de este reproche incluye, además, la lucha contra la industria que se ha creado alrededor de la prostitución y que tiene implicaciones más profundas al mero hecho de la decisión de cada uno de ejercerla.

En relación con lo anterior, la Corte en sentencia T-629 de 2010 pasa a afirmar que la teoría de la voluntariedad frente a la decisión de una persona que se prostituye es una “falacia” pues “la difícil situación socioeconómica, por pobreza, conflicto armado, ansias de un futuro mejor, estimula el llegar a tal opción, que pronto la convierte en víctima de las bandas criminales organizadas que la someten”.

En síntesis, la Corte en el 2009 explicó que quien ejerce la prostitución usualmente es víctima de situaciones socioeconómicas que la orillan a considerar esta como la única opción viable y disponible. Esto lo expresa no sin antes reconocer que dentro de la dinámica que empuja a alguien a ejercer la prostitución, existen agentes que se aprovechan de esas dificultades para promover y pintar la idea de la prostitución como atractiva para decidir ejercerla.

En ese mismo sentido, expresa que, en la prostitución, a pesar de que existen escenarios en los que puede provenir de la voluntad de quien decide ejercerla en función de su autodeterminación, reconoce como ilegítima aquella prostitución que se ejerce con respecto un tercero que busca lucrarse del cuerpo de otro, pues, “tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana”. (Sentencia T-629 de 2010)

Como conclusión debe decirse que, en la legislación nacional existe un reproche sobre quien induce a la prostitución, que se agrava cuando recae sobre personas en condición de discapacidad, minoría de edad o cuando resulta de la trata de personas. Del mismo modo, reconoce la obligación que tiene el Estado de implementar medidas de seguridad en salud y políticas públicas encaminadas a la protección y asistencia de la persona que ejerce la prostitución o dejó de ejercerla, y a la desincentivación de la misma; no persigue, empero, el

mero ejercicio de la prostitución, existencia de establecimientos donde se oferte, a los propietarios, sin embargo, si se les impone deberes de orden público a través del código de policía; o la “compra” de la misma.

Jurisprudencia referente al trabajo sexual

La Corte, en sentencia T-629 de 2010, falla a favor de una mujer que ejercía la prostitución, quien fue despedida sin justa causa al haber quedado en estado de embarazo y exigía que se le reconociera su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Este derecho se le fue negado en primera y segunda instancia bajo el supuesto de que no existía un vínculo laboral al encontrarse un objeto ilícito, enfrentado con las “buenas costumbres”. En este caso, la Corte decide reconocer la existencia de un contrato laboral, siempre que la prostitución se ejerza bajo unas condiciones que aseguren el ejercicio libre, digno y bajo el cumplimiento de los requisitos para la existencia de un contrato. Asimismo, al exponer sobre la prostitución y sus alcances, expresa que la prostitución deberá considerarse una actividad lícita, y que, en virtud de la dificultad para eliminarla debido a su arraigada inserción en el mercado y la posibilidad de que personas generen recursos, no debe excluirse de tener un marco jurídico que la regule.

Asimismo, se definieron los presupuestos para el ejercicio lícito de la prostitución, siendo que esta deberá, a) respetar la dignidad humana y los derechos ajenos, b) respetar los límites previstos por el título IV del código penal y, c) cumpla con las normas policivas referentes al uso del suelo, la salubridad y de comportamiento.

Todo lo anterior como preludeo a la consideración de que la prostitución, al ser una “actividad económica” que existe y genera ingresos para la vida de muchas personas, debe ser vista desde el marco de la no discriminación y la igualdad, recalando que la escogencia de la prostitución como forma de ganarse la vida encuadra en el derecho a la libre escogencia de oficio o profesión, consagrada en múltiples tratados internacionales, pues esta decisión es producto del ejercicio de la libertad y autonomía, derechos reconocidos en la Constitución de 1991.

En esta misma sentencia, se expresa que, el “trabajo sexual” es una actividad con límites estrechos pues debe ser ejercida con libertad, autodeterminación, (Art. 13º y 16º C.P),

y voluntad razonada de quien lo realiza. Esto, con la evidente necesidad de diferenciarlo de otras prácticas como la prostitución forzada y la trata de personas. Asimismo, se hace énfasis en la aceptación de la prostitución como una opción de vida válida.

Así como plantea Tirado, (2011), esta será una actividad que admite ser ejercida por cuenta propia o a través de una segunda persona o establecimiento y cuando sucede esta última situación, se genera la existencia de un contrato de trabajo con todas las prerrogativas propias de tal (p.138).

Por otro lado, como explican López y Torres (2012), la labor del juez constitucional en el 2010 a través de la protección de derechos de la mujer despedida no era incentivar el ejercicio de la prostitución, sino procurar la protección de aquellas personas que se ganan la vida a través de este ejercicio en establecimientos encargados de “ofertarlo”, (p. 92). Lo anterior, haciendo referencia a la negativa de reincorporar a la mujer despedida y, además, exceptuando esta garantía laboral (reintegro) para quienes ejercen la prostitución.

De este fallo en el 2010 y del T-594 de 2016 se resalta fundamentalmente la pugna por reconocer los derechos laborales de las personas que ejercen la prostitución, en virtud del mandato de no discriminación. En ambos fallos se argumenta que existe la necesidad de reconocer la titularidad de los derechos laborales a quienes ejercen la prostitución, pues su exclusión generaría una mayor vulneración a quienes están reconocidos como sujetos de especial protección legal.

Asimismo, en la sentencia T-594 de 2016 se reitera la licitud y el carácter laboral del “trabajo sexual”, no significando esto que dicho reconocimiento desconoce las realidades que vienen detrás de la decisión de ejercer.

En palabras del autor Tirado (Citado por la Corte Constitucional, 2010),

El trabajo sexual no es una actividad heterogénea, pues también se distingue por niveles socioeconómicos. No obstante, es innegable que la mayor parte del trabajo sexual surge de condiciones de vulnerabilidad, y tiene su origen en la falta de oportunidades de quienes la ejercen. (T-594 de 2016, consideración 46)

La cita anterior, es relevante puesto que dichas situaciones de dificultad socioeconómica son determinantes para la elección del ejercicio de la prostitución, como lo

ha establecido la Corte en otras oportunidades, aun así, no niega la posibilidad de una elección libre.

Jurisprudencia referente al Código De Policía, Ley 1801 de 2016

En la sentencia C-293 de 2019, se plantearon algunos cuestionamientos relevantes con respecto a los artículos 43 y 44 del Código de Policía.

La sentencia reafirma que quienes se encuentran en situación de prostitución son un grupo poblacional en situación de vulnerabilidad, debido a las difíciles circunstancias socioeconómicas que atraviesan. A pesar de que la Corte se inhibió parcialmente de decidir sobre los artículos, alegando ineptitud de demanda, vale resaltar algunos de los cargos planteados y alternativas propuestas por dicha corporación. Estos se pueden resumir de la siguiente manera:

En principio se argumenta que estos artículos equiparan a sujetos que están en diferentes situaciones fácticas, de modo que, ciertos deberes constituyen una carga desproporcionada que es incompatible con el principio de igualdad. Frente a este planteamiento, la Corte deja claro que las disposiciones demandadas se deben entender a la luz del poder de disposición que tienen los distintos actores sobre lo estipulado en ellas, teniendo en cuenta obligaciones como el cumplimiento de requisitos de sanidad. Por otro lado, sobre la expresión “personal que labore en ellas” que incluye el artículo 43 del código de policía, la Corte aclara que se refiere a quienes que toman participación en el ofrecimiento de la prostitución; señalando que tal presupuesto no incluiría a las personas que ejercen la prostitución, debido a que ello implicaría el reconocimiento de la prostitución como una modalidad de trabajo y de quienes la ejercen como “trabajadores sexuales”, conclusión no acertada del todo, pues, a juicio de la corporación en ese momento, se trataba de una discusión en curso y el legislador, de forma consciente, había optado por dejar dicha denominación por fuera al momento de redactar la ley.

De manera relevante se resalta el cargo de la demanda incoada bajo el cual se plantea que “las medidas contempladas en la normatividad demandada, de orden sancionatorio, no son consistentes con la situación que atraviesa el mencionado colectivo, y, por ende, resultan lesivas de sus derechos”. Esta argumentación tiene como presupuesto base la ausente y

aislada regulación del ejercicio de la prostitución en Colombia, donde se evidencia una desprotección legal que ha tenido que ser llenada a través de la jurisprudencia constitucional y, además; afirma que es ilegítimo que sean los mecanismos sancionatorios estatales los que se encarguen de regular este fenómeno, pues las cargas, deberes y restricciones impuestas no son garantistas ni protectoras, sino que perpetúan la vulneración de derechos. En este punto se hace énfasis en el artículo 42 del código de policía, anteriormente citado y a toda la jurisprudencia de la Corte que constantemente reitera el deber de protección y respeto de los derechos de aquellas que ejercen.

Además, como resultado de esta demanda de inconstitucionalidad se presenta la oportunidad para que la Corte realice las siguientes precisiones sobre la dicotomía de trabajo sexual/prostitución en el ordenamiento jurídico colombiano.

Parte de exponer, como ya se mencionó, lo referente a la denominación de la prostitución en la ley, pues no se hace en ningún momento, la denominación de “trabajo sexual”, ni siquiera desde el proyecto de ley que dio origen al código de policía, pues según la corte, el legislador “descartó la posibilidad de calificar la prostitución como una modalidad de trabajo o de actividad laboral”. Además, procede a reconocer que sobre el tema hay un debate, aún no zanjado en Colombia y sobre el cual aún quedan cosas por decir.

Considerando lo anterior, la corte resalta que la intención del congreso fue brindarle protección y garantías a quienes ejerzan la prostitución, así como salubridad y seguridad a quienes acuden a esta, “clientes”. Además, hace énfasis en la necesidad de eliminar el estigma impuesto sobre aquellas en situación de prostitución, no sin dejar de reconocer que se trata de una realidad compleja, con diferentes aristas que deben ser analizadas al momento de decidir la terminología con la que referirse, pues no se tratan de simples palabras.

En ese sentido, la Corte deja claro que no existe un mandato constitucional que obligue a reconocer la prostitución como trabajo sexual, sobre todo cuando de manera explícita el legislador decidió dejarla por fuera cuando tuvo la oportunidad de incluirla, como fue el caso de la elaboración del código de policía.

Especial atención se llama sobre los cuestionamientos que hace la magistrada Diana Fajardo Rivera en su salvamento parcial de voto a la sentencia C-293 de 2019, sobre la línea

jurisprudencial previamente existente referente a la prostitución, sentencias T-629 de 2010 y T-594 de 2016, en las que se abogó por el modelo regulacionista de manera expresa, clara y abierta, contrario a los planteamientos de la sentencia en cuestión, que se encamina más a la pugna por un modelo abolicionista de la prostitución. Además, esta la providencia, tal como lo expresa el salvamento, fue una que dejó más interrogantes que soluciones.

Conclusiones

En Colombia, la prostitución se ha visto marcada por un reconocimiento parcial, en tanto goza de legitimidad jurídica, siendo reconocida como una opción de vida válida y no penalizable, a la vez que existen medidas de represión y sanción frente a las conductas que tengan como fin incentivar, explotar o concertar a otra persona a ejercer la prostitución; entendiéndose que se permite y se entiende como una opción de vida válida en la medida en que la persona opte voluntariamente por ejercer la prostitución. No obstante, es claro que el ejercicio de la prostitución se encuentra atravesado por distintos tipos de violencia y abusos que recaen sobre quienes la ejercen, y que las coloca en una situación de especial vulnerabilidad, considerando las implicaciones del contexto en el que se encuentran inmersas. Además, debe reflexionarse al respecto de la conexión que tiene la prostitución con la trata de personas y la explotación sexual, reconocida nacional e internacionalmente.

Por otro lado, es menester entender la prostitución a partir de la despersonalización de la persona prostituida y precisar que es cuestionable hablar de una decisión libre de ejercerla, pues ésta se encuentra generalmente condicionada por situaciones socioeconómicas complejas que llevan a ver la prostitución como una opción “atractiva” para poder afrontarlas. En ese sentido, aceptar que no toda prostitución es forzada no necesariamente implica aceptar que toda prostitución es libre, pues la libertad parte de la posibilidad de elegir distintas opciones.

Es claro que, luego de un estudio del ordenamiento jurídico frente al tema, resulta necesario legislar en profundidad al respecto, esto en la medida en que sería la forma de determinar condiciones claras frente a la prostitución, permitiendo brindar un marco jurídico que permita la protección efectiva de los derechos de las personas que ejercen la prostitución, ya sea desde un contexto de trabajo sexual o desde políticas abolicionistas

tendientes a reducir la práctica en la medida en que se protege de especial manera a la persona prostituida.

Con esto, se reconoce que el Estado no ha manifestado una posición clara, al optar por una omisión legislativa frente al asunto. Asimismo, la Corte Constitucional, en sentencias como la T-629 de 2010 ha abierto la puerta al reconocimiento del trabajo sexual, mientras que, a su vez, en sentencias como la C-293 de 2019, que, siendo incluso más actual, se ha optado por retrotraer esa posibilidad al no considerarla adecuada, fundamentándose en las implicaciones en materia de derechos humanos.

Para finalizar, debe decirse que es el congreso quien está llamado a orientar y determinar las medidas legislativas que permitan definir los alcances de la prostitución y su ejercicio. Empero, es fundamental que tome en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional cuando estudia las implicaciones personales de la decisión de ejercer, las consecuencias sociales y la afectación de los derechos y sobre todo a aquellas personas que ejercen de manera “libre” desde el regulacionismo; o las víctimas de la prostitución, desde el abolicionismo; quienes tienen experiencias que pueden orientar la postura a tomar.

Lo anterior, para poder garantizar y proteger los derechos de un grupo social que ha sido objeto de discriminaciones, prejuicios y marginalización contraria a los fines de Estado Social de Derecho, Por lo que dicha regulación deberá desarrollarse en concordancia con el contenido axiológico, garantista y pluralista de la Constitución.

Referencias Bibliográficas

- Aguilar Restrepo, M. F. (2015) Prostitución: una puesta en escena hacia el reconocimiento de las personas trabajadoras sexuales en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C, Colombia. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/34334>
- Ateka, I. T. (2017). Debate sobre la prostitución: Regulacionismo y Abolicionismo. Recuperado de: <https://url2.cl/l6AuF>
- Becerra Curtidor, L. J., y Gómez Gómez, S. (2016). Derecho Comparado entre Colombia y la Unión Europea frente al proceso de regulación laboral del trabajo sexual. Universidad La Gran Colombia. Bogotá D.C, Colombia.
- Chejter, S. (2016). La prostitución: debates políticos y éticos. Nueva Sociedad, No 265 (Septiembre-Octubre). <https://url2.cl/izcna>
- Gurnani, D. S., y Guerra Palmero, M. J. (2018). Un acercamiento al modelo abolicionista de la prostitución. Recuperado de: <https://url2.cl/qeQzM>
- Heim, D. (2011). Prostitución y derechos humanos. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (23), 234-251. Recuperado de <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/716/472>
- López Daza, G. A., y Torres P., K. (2012). Constitucionalización del Derecho Laboral en Colombia: reconocimiento de derechos laborales a las personas que ejercen la prostitución. Revista Jurídica Piélagus, No. 11.
- Pineda Ramirez, P. A. y Castillo Jimenez J. F. (2017) ¿Por qué la prostitución no ha sido reconocida como trabajo?. Universidad Santo Tomás. Bogotá D.C, Colombia.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Comisión Global Sobre VIH Y Derecho. (2012). El VIH y la Ley: Riesgos, Derechos y Salud. New York.
- Restrepo Saldarriaga, E. (2018). La Constitución Sentimental. prostitución, trabajo sexual y trata de personas en Colombia. Isonomía - Revista De Teoría Y Filosofía Del Derecho, (48),. <https://doi.org/10.5347/48.2018.37>
- Tirado Acero, 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). 8

Zarate Molinares, E. Y Hereira Acuña, M. (2018) Garantías Laborales Que Brinda El Estado Colombiano A Las Trabajadoras Sexuales. Universidad de la Costa. Baranquilla DIEP, Colombia.

Legislación Citada:

Internacional

Organización de las Naciones Unidas. Convenio Para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. 1949.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. 1967.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. 1967.

Organización de las Naciones Unidas. Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979.

Organización de las Naciones Unidas. Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. 2000

Nacional

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 599 de 2000, Código Penal. 24 de julio del 2000. Colombia.

Ley 1801 DE 2016, Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. 29 de julio de 2016. Colombia.

Ley 1329 de 2009, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. 17 de julio de 2009. Colombia.

Ley 1236 de 2008, por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. 23 de julio de 2008. Colombia.

Ley 902 de 2004, Por la cual se adicionan algunos artículos de la Ley 388 de 1997 y se dictan otras disposiciones, el Julio 27 de 2004. Colombia.

Ley 388 DE 1997, Por la cual se modifican la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. 12 de septiembre de 1997. Colombia.

Proyecto de Ley Ordinaria nº 079 de 2013.

Decreto 4002 DE 2004, por el cual se reglamentan los artículos 15 y 28 de la Ley 388 de 1997.

Diciembre 01 de 2004. Colombia.

Decreto 1355 de 1970, Código de policía. Colombia. (Derogado)

Benedetti Villaneda Armando (2013). Senador de la República de Colombia.

Jurisprudencia citada.

Corte Constitucional. Sentencia No. T-620 de 1995. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. 14 de Diciembre de 1995, Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia SU-476 de 1997 Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. 25 de Septiembre de 1997, Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2009. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. 16 de Septiembre de 2009, Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-629 De 2010. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. 13 de Agosto de 2010, Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-594 De 2016. Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. 31 de Octubre de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 2019. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. 26 de Junio de 2019. Colombia.