

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA PROSTITUTA EN LA SENTENCIA T-269 DE 2010

SERGIO ESTRADA VÉLEZ
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON

Resumen

La siguiente imagen no requiere explicación. Representa la actitud que se asume frente a muchos problemas sociales: es mejor esconder sus causas que intervenirlas. Es más fácil postergar la solución (en caso de que se considere que existe un problema) que implementarla. Así ocurrió con el alcohol en la década del treinta, el aborto, los juegos de azar, el uso de las drogas y la prostitución. Cualquier actitud que se asuma –prohibicionista, abolicionista o reglamentarista– depende, sin duda, del conocimiento de la realidad social. No son pocos los ejemplos que evidencian la precaria relación que se teje entre la Sociología y el Derecho al momento de dar solución a determinados problemas mediante la expedición de normas jurídicas, sean leyes o sentencias. Uno de los retos de los profesionales del Derecho es reconocer y nunca olvidar algo elemental: el Derecho es un objeto cultural y, como tal, todo proceso de creación, interpretación y aplicación de la norma debe estar acompañado del estudio de las circunstancias sociales.

Palabras clave: prostitución, Derecho Laboral, derechos de la mujer, discriminación.

El autor: abogado, especialista en Derecho Constitucional y en Argumentación Jurídica (España), diploma de Estudios Avanzados, magíster en Estudios Jurídicos, doctorando en Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría General del Derecho, Principialística y Hermenéutica Jurídica de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: estradav72@hotmail.com

Recibido: 27 de julio de 2014; **evaluado:** 22 de agosto de 2014; **aceptado:** 29 de octubre de 2014.

PROTECTION TO THE PERSON EXERCISING PROSTITUTION IN SENTENCE T-269 OF 2010

SERGIO ESTRADA VÉLEZ
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON

Abstract

The following image needs no explanation. It represents the attitude assumed when facing a lot of social problems: it is better to hide its causes than intervene them. It is easier to postpone the solution (in case a problem is considered to exist) than to implement it. It just so happened in the 30's with alcohol, abortion, gambling, drug use, and prostitution. Any attitude assumed towards them –forbiddance, abolition, regulative- depends, with no doubt, of the knowledge held on social reality. There are a number of examples that show the precarious relation weaved between Sociology and Law, when giving solution to certain problems through the issuing of legal norms, be them laws or sentences. One of the challenges for Lawyers is to recognize and never forget somethins so basic: Law is a cultural object, and as such, all process of norm creation, interpretation, and application should be accompanied by the study of social circumstances.

Keywords: Prostitution, labor law, women's rights, discrimination

About the author: Lawyer, Constitutional Law and Legal Argumentation specialist (Spain), Diploma of Advanced Studies, Master in Legal Studies, Ph.D candidate in Universidad de Buenos Aires. Professor of General Theory of Law, Legal Principles, and Legal Hermeneutics at Universidad de Medellin. E-mail: estradav72@hotmail.com

Received: July 27, 2014; **reviewed:** August 22, 2014; **accepted:** October 29, 2014

Introducción

Figura 1



Fuente: Quino, *Toda Mafalda* (Buenos Aires: Ediciones De la flor, 1992), 151.

El exceso de formalismo jurídico ha promovido un estudio del Derecho reducido al análisis de la norma al margen del sustrato social que le da origen. El estudiante de Derecho otorga mayor importancia a la estructura lógica de la norma que al estudio del fundamento social que determina la pertinencia o necesidad de la intervención del Derecho en la regulación de las relaciones sociales. Lee más códigos que prensa y ve cada vez con más recelo la función de la Sociología, lo que impide la consolidación de una Sociología Jurídica.¹

De allí que el razonamiento práctico o problemático, en oposición al pensamiento lógico o racional, deba estar acompañado de la Sociología Jurídica, en la medida en que su origen se enmarcó en un objetivo práctico y no teórico.² Quizá ese sea el desdén (que parece más temor) de muchos teóricos al estudio del Derecho desde la Sociología, puesto que pone en duda la utilidad de los dogmas, del conocimiento teórico, en la regulación de las relaciones sociales.³

En pleno Estado social pervive la enseñanza del Derecho a partir de textos y obvia el contexto. Se sigue promoviendo el razonamiento formal o lógico a espaldas de un razonamiento problemático o práctico. Se olvida que es la realidad social el campo donde tiene lugar la prueba de calidad de la norma jurídica. La realidad social se estima evidente y, como tal, no merece atención suficiente por parte del abogado.

¹ Alfredo Ves, "La Sociología del Derecho: su temática actual", *Revista Mexicana de Sociología* 29, núm. 3 (1967): 498.

² Réne Barragán, "La Sociología Jurídica", *Revista Mexicana de Sociología* 2, núm. 1 (1940): 2.

³ Mario Gerlero, "Sociología del Derecho, sexualidades e identidad de género", *Pensar en Derecho*, núm. 2 (2013): 134.

Algo similar ocurre con una situación cotidiana: respiramos el aire por razones de supervivencia, pero pocas veces, casi nunca, pensamos en su composición química, salvo que se trate de situaciones extremas.

Lo mismo sucede con la Sociología: no se piensa en ella en los procesos de formación jurídica (basta recordar que cada vez son más reducidos los espacios para el estudio sociológico del Derecho), pero se debe tener en cuenta para determinar la pertinencia social de la norma y la legitimidad o aceptación del poder que subyace a la misma. En ese sentido, son relevantes las palabras del profesor Silva en la medida que, al recordar a Bobbio, señalan la consonancia de la sociología en el estudio de la eficacia de la norma.⁴

Si el Derecho es cultura y la Sociología es “una ciencia de hechos, pero de hechos culturales, puesto que la sociedad es en su desarrollo, obra de cultura”,⁵ qué mejor que acudir a ella para una mayor comprensión del Derecho, para el análisis crítico de las situaciones jurídicas frente a la realidad.⁶ El abogado nunca debe olvidar que el Derecho es un instrumento al servicio de la sociedad, por lo que no puede prescindir del conocimiento de esa realidad social.

La sociedad es al abogado lo que la piedra al escultor. Herrera Castro demuestra con sencillez y claridad la relación inescindible entre la Sociología y el Derecho, a tal punto que nos permite afirmar que entre ellas se presenta algo similar a lo que ocurre con el agua: no puede existir ese líquido vital si no están unidas dos partículas (el hidrógeno y el oxígeno). Así, no puede existir un real conocimiento del Derecho si no se unen la Sociología y la teoría jurídicas.⁷

Del mayor o menor conocimiento de la realidad social dependerá la pertinencia de las normas jurídicas (leyes y sentencias). Mientras al Derecho le corresponde formular los juicios de validez y a la axiología jurídica los de justicia, los juicios de eficacia se construyen con la ayuda necesaria de la Sociología Jurídica. El estudio que se propone de la Sentencia T-269 de 2010 busca determinar la importancia

⁴ Germán Silva, “Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la Sociología Jurídica desde una perspectiva disciplinaria”, *Diálogos de saberes* 1, núm. 27 (2003): 127-128.

⁵ Barragán, “La Sociología Jurídica”, 6.

⁶ Iván Pacheco y Jorge Carvajal, “Discusiones acerca del concepto de Sociología Jurídica”, *Iusta*, núm. 23 (julio-diciembre 2005): 19.

⁷ Tomás Herrera, “El sociólogo entre los guardianes del Derecho”, http://dcsh.xoc.uam.mx/congresodcsh/ponencias_fin/1oct/XochicallipmDocencia/Elsociologoentrelosguardianesdederecho.pdf (acceso junio 5 de 2013).

de la Sociología Jurídica, en tanto ella permitirá la mejor intervención social del Derecho en la realidad social. Ella ayudará a advertir algunos vacíos en la jurisprudencia que impiden conocer a plenitud el tema de la explotación sexual. En todo caso, como bien lo demuestra Barragán, no es posible una comprensión integral del Derecho si no se fusionan la Filosofía, la teoría, la Historia, la jurisprudencia con la Sociología.⁸

Se parte del siguiente problema: si bien la Sentencia objeto de estudio refleja un gran esfuerzo por proteger a la persona dedicada a la prostitución, el desconocimiento de la realidad social no permitió tener en cuenta situaciones que debieron ser intervenidas judicialmente. Una es la realidad del hombre o de la mujer cabeza de familia, que no tiene formación en educación media, técnica y menos profesional y su mano de obra no es calificada, carece de dinero para las cirugías estéticas y debe enfrentar la precaria oferta laboral en bares de mala muerte; otra es la realidad de la persona dedicada al oficio de manera independiente, con un perfil social medio, con dinero para pagar gimnasio y cirugías estéticas, con aspiraciones profesionales, con sus necesidades básicas satisfechas, que ve en la prostitución la forma de mejorar su particular “calidad de vida” por medio de la consecución de ropa de marca, vehículo y demás requerimientos propios de la sociedad consumista.

La diferencia entre ambos casos es clara y determina el modo en que el Derecho debe intervenir: la mayor o menor protección frente a la opción de comercializar su cuerpo. La primera tiene la necesidad de hacerlo, al pensar en los demás (hijos, padres, etc.); la segunda, por un egocentrismo y hedonismo ilimitados.

No le corresponde a la Sociología hacer juicios morales acerca de si la prostitución debe o no ser censurada; le basta con evidenciar la realidad que debe ser conocida y que servirá de base para la formulación de políticas de Estado que se traducirán en normas jurídicas. Mediante el estudio de la Sentencia T-629 de 2010 se pretende resaltar la manera como el conocimiento de la realidad social es determinante para la protección eficaz de los derechos de la persona. Más que servir de contradictor de la Corte Constitucional, se buscará ofrecer algunos interrogantes que surgen de la lectura de tan importante Sentencia. Iniciemos su estudio.

Con ayuda de la Sociología Jurídica, se apunta a determinar algunos tópicos en los que es difícil estar de acuerdo con la Sentencia objeto de análisis, puesto que

⁸ Barragán, “La Sociología Jurídica”, 109- 111.

desconoce parte de la realidad social (no distingue la mujer que opta por el oficio de la prostitución de la mujer que se ve obligada a prostituirse), trata de resguardar, de modo insuficiente, a la persona prostituta por medio del contrato laboral y reduce el estudio a un tema económico; protege –creemos que de manera errada– a la persona prostituta mediante la prohibición de discriminación y vincula el tema de género a la prostitución.

Acerca del caso concreto

Se trata de una mujer dedicada a la prostitución en un bar. En atención a que quedó en embarazo, se ocupó de la labor de administradora del mismo y, al final, fue despedida. Acudió a la jurisdicción para la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso, a la salud, a la dignidad, a la protección de la mujer en estado de embarazo, al derecho del que está por nacer, al fuero materno y al mínimo vital.

Perspectiva reduccionista de la prostitución

De una lectura atenta de los hechos de la acción, así como de la argumentación ofrecida por la Corte Constitucional, se advierte que el complejo problema de la prostitución es reducido por esa Corte a un asunto laboral. Llama la atención que el ordenamiento jurídico ofrezca como alternativa de protección de la persona dedicada a la prostitución las mismas condiciones y garantías de la persona que ofrece su mano de obra. Esto es, en términos metafóricos, tiene la misma protección quien ofrece su “mano de obra” al mercado laboral que quien ofrece todo su “cuerpo de obra” al tráfico sexual.

Resulta extraño que un problema social que pone en juego la dignidad humana y la integridad de la persona sea amparable por las normas creadas en el siglo XIX como medio de protección del obrero frente a extenuantes y arbitrarias jornadas de trabajo exigidas en la industrialización. Si la prostitución es un trabajo, no por ello se puede mercantilizar o industrializar. La persona merece, sin duda, una mejor protección, porque asume mayores riesgos “profesionales” y su dignidad, sin duda, está sometida a mayores afectaciones.

La Sentencia de la Corte Constitucional procura, de buena fe, proteger a la persona prostituta, pero se queda corta, pues se reduce a la protección de la accionante por medio del contrato de trabajo, mas no expide las órdenes necesarias para evitar

que la persona continúe en la prostitución cuando no puede ejercerla con libertad, sino por presión de las circunstancias. No se indagó si la accionante quería seguir siendo prostituta; solo bastó con protegerla en el ámbito laboral.

Ello se demuestra cuando la Corte Constitucional advierte la invisibilización de los derechos laborales de las personas dedicadas a la prostitución, aunque la pregunta inicial debiera ser por la existencia o no de una decisión libre de optar por un trabajo sexual. Manifiesta la Corte Constitucional:

Se habla del fenómeno de la *invisibilización* de los derechos laborales de los y las prostitutas, como huida jurídica que, basada en juicios y prejuicios morales, rechaza de plano ni más ni menos que un régimen propio al Estado social de Derecho, propio al discurso constitucional de la igualdad y la diferencia [...]. En efecto, se ha anotado en el estudio sobre la prostitución en general que, por fuera de los tipos penales dispuestos, dado su carácter de actividad económica lícita y regulada por las normas del Derecho policivo y urbanístico, ingresaban por tanto disposiciones del Derecho común de carácter comercial y tributario. ¿Por qué dentro de esta racionalidad no se puede predicar lo mismo respecto del Derecho Laboral, no ya con relación a otros empleados dedicados a labores distintas de los establecimientos donde se prestan los servicios sexuales, sino de las personas que efectivamente ejercen el oficio?⁹

A partir de esa consideración, la Corte Constitucional estima que por igualdad, los derechos de los empleados deben ser extensivos a las personas dedicadas a la prostitución. ¿La misma protección de quien entrega su mano de obra es la que merece quien entrega su cuerpo de obra? La Corte Constitucional mercantiliza la discusión y ello se evidencia cuando, entre los fundamentos 98 y 111, ofrece razones económicas para proteger la prostitución. Si se trata de amparar la dignidad de la persona dedicada a la prostitución y sus derechos fundamentales, resulta insuficiente acudir a la figura del contrato laboral. Esa es una protección mínima que no responde a las exigencias impuestas por la Constitución Política.

Ya se expuso la importancia que tiene para la determinación de la licitud de la actividad de la prostitución la posibilidad de que se ejerza con libertad como parte de la dignidad de la persona, pero la reducción del problema a aspectos economicistas lleva a desconocer una realidad mostrada por la Sociología: hombres y mujeres

⁹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-629 de 13 de agosto de 2010*, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

se prostituyen no en ejercicio libre de una actividad económica y con el deseo de desempeñar una actividad laboral dentro del juego de la oferta y la demanda, sino por absoluta necesidad. Indica la Corte:

101. Y en aplicación del principio-derecho de igualdad formal y a falta de razones que justifiquen una conclusión diversa, la prostitución en los contornos delimitados 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 el 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 a través suyo, guste o no, se ejercen libertades económicas,¹⁰ 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.

102. Así, en todas las modalidades descritas, para la persona que la ejerce representa el ejercicio de la libertad, el derecho y el deber del trabajo y también, de un oficio que debe escoger con libertad y autonomía (artículos 25 y 26 CP), asumiendo las cargas y riesgos que supone, pero también, ante todo, con la expectativa legítima de que la prestación de los servicios que depara le permita obtener un beneficio económico. Una actividad con la que además asume el compromiso que corresponde a todos los sujetos capaces en el Estado social de derecho, para ser ellos los que *prima facie*, fruto de su propio esfuerzo, generen el patrimonio para satisfacer las necesidades y el mejoramiento de sus propias condiciones de vida (artículos 1º y 25 CP). O, dicho de otro modo, es la forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 6º del PIDESC, en el que se establece que los Estados partes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. Y también en el artículo 6º del Protocolo de San Salvador a la Convención americana de DDHH, que reconoce el derecho al trabajo como el que “incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida

¹⁰ La Corte ha entendido como tal la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-425 de 24 de junio de 1992*, M. P. Ciro Angarita Barón. Esta sentencia ha retomado, entre otras, las Sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-615 de 2002, C-992 de 2006.

digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

112. Por menos feliz que resulte a los ideales de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, que anhela dignificar en el mayor nivel posible la vida y el desarrollo personal de los individuos en sociedad, se debe señalar de nuevo que, dentro de los límites impuestos por el Derecho, la prostitución es una actividad lícita.

113. Así se desprende del principio general de libertad y de la propia dignidad humana como derecho fundamental. También se sustenta y con fuerza determinante, en que es el principio del trabajo y son las libertades económicas (libertad de trabajo, derecho-deber del trabajo, autonomía privada y libre iniciativa económica, todas ellas ejercidas por personas libres, conscientes, capaces), las primeras en proveer de los recursos con qué satisfacer las necesidades personales y familiares y aumentar el patrimonio.¹¹

Consideramos que la Corte Constitucional falla en su esfuerzo por interpretar parte de la realidad que circunda la prostitución, pues, si bien es cierto que puede ser considerada una actividad económica que merece toda la protección como parte del derecho a la libertad de optar por un trabajo “libremente escogido o aceptado”, es igualmente cierto que muchas personas no tienen libertad de opción laboral, sino que se ven obligadas a traficar con su cuerpo en respuesta a un típico estado de necesidad. Es muy fácil defender el derecho de hombres y mujeres a prostituirse, pero es muy complejo sacar a estas personas de la prostitución cuando llegan a ella por tal estado. Creemos que la indiferencia que se quiso evidenciar con la imagen al inicio del texto es la misma que existe en la decisión de la Corte Constitucional.

Esa distinción entre la opción libre o forzada de prostituirse es determinante para analizar la licitud o no de la prostitución y en esta tarea ejerce una función esencial la Sociología Criminal, entendida como la “rama de la Sociología general que estudia el acontecer criminal como fenómeno colectivo, de conjunto, tanto en sus causas, como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos sociales”,¹² en tanto ayuda a determinar las razones del uso de los servicios sexuales y la libertad de la persona al prostituirse, entre otros aspectos. Si la Corte señaló que la prostitución “podrá entenderse lícita en la medida en que: i) respete la libertad y dignidad humanas”, resulta fundamental analizar la dignidad a partir de la mayor

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-629*.

¹² Héctor Solís, “¿Qué es la Sociología Criminal?”, *Revista Mexicana de Sociología* 21, núm. 1 (1959): 254.

o menor voluntad para decidir con libertad por la prostitución, voluntad que es reducida en quien “tiene” que prostituirse frente a quien “quiere” prostituirse.

No hay licitud cuando alguien abusa de las condiciones de inferioridad derivadas de estados de necesidad de la mujer (el precio lo impone el cliente), a diferencia de lo que ocurre cuando puede contratar sus servicios sexuales en condiciones de equilibrio (el precio lo define quien actúa como oferente). A esa conclusión se llega con apoyo en estas palabras de la Corte:

De modo que plantearse la licitud de la prostitución en sus diversas manifestaciones, sólo puede ocurrir si se está partiendo del supuesto de que en su ejercicio media de modo íntegro y persistente la voluntad libre y razonada, en particular de la persona que vende el trato sexual.¹³

Mientras la Sentencia centra la atención en la prostitución como derecho a optar de modo libre por la actividad económica que genere el sustento de la persona, la Corte Constitucional deja de lado los riesgos de la prostitución como resultado de la explotación sexual. Por ello, son dos los análisis que la Sociología exige: el ejercicio libre de la prostitución o por razones de necesidad laboral que rayan con la subsistencia.

La protección de la persona que se prostituye, mediante la prohibición de discriminación. Falso juicio de igualdad

Otro aspecto que nos genera duda es el referido a la protección de la persona dedicada a la prostitución a partir de la prohibición de discriminación. La Corte Constitucional expresa:

La prostitución [es], en efecto, [una de las] opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado social de Derecho, razón por la cual, aquellos que la 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.¹⁴

¹³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-629*.

¹⁴ En este caso, empero, en atención al principio de la conservación del Derecho, “la Corte encuentra lícito que se sancionen aquellas conductas de los oficiales y suboficiales en servicio activo dirigidas a la práctica

En seguida señala:

151. Más aún cuando desde el punto de vista del juicio de igualdad y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado,¹⁵ no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. Todo lo contrario según el artículo 13 CP y las demás cláusulas de diferenciación subjetiva que la Carta y la jurisprudencia constitucional han reconocido (art. 53, 13, 43, 44 CP). Esto en la medida en que la pretendida finalidad legítima con que se quisiera negar la licitud y exigibilidad de un contrato laboral entre persona prostituida y el propietario de prostíbulo o local donde se ejerce, está soportada en criterios que por sí mismos no hacen posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de derechos, obligaciones, responsabilidades; o sea porque al desconocerlo sólo se favorecen los intereses del empresario de la prostitución, con consecuencias excesivamente gravosas para quien presta efectivamente el servicio.

Pero también aparece contrario a la igualdad constitucional el desconocimiento del Derecho laboral para los y las trabajadores sexuales, porque con esta medida se restringen derechos fundamentales (al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y ante todo a ganarse la vida, al trabajo, a recibir una remuneración justa y equitativa) y se afecta de manera desfavorable a una minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta.

En la Sentencia C-371 de 2000, la Corte estableció:

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos [...]. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su

o al patrocinio de la prostitución, toda vez que, tal como ocurre con el proxenetismo, al cual equivalen tales conductas, se trata de comportamientos que chocan con la actividad castrense y causan grave afrenta al honor y decoro militar”, en el entendido de que “se trate de actos sexuales [...] que se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, propiamente dichas”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-507 de 14 de julio de 1999*, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Puede verse, además, Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-431 de 6 de mayo de 2004*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Sentencias C-445 de 4 de octubre de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-371 de 29 de marzo de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-093 de 31 de junio de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-673 de 28 de junio de 2001, M. P. Manuel José Cepeda, entre otras.

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.¹⁶

Dos aspectos merecen ser resaltados:

¿Todas las personas prostitutas optan libremente por la prostitución como forma de vida? ¿Las personas prostitutas poseen una especial e inherente condición personal que les lleva a ser discriminadas o, por lo contrario, son personas iguales a todas las demás que están en condiciones de desprotección? Esto es, ¿ser prostituta es una condición personal inherente como la raza, el género, la nacionalidad, que les lleva a ser discriminadas?

Pensamos que hay un errado juicio de igualdad. La Corte da a entender que, como la persona prostituta es discriminada, entonces se debe proteger mediante el otorgamiento de las garantías laborales. Es errado porque, como se advirtió, no es lo mismo optar por la prostitución que estar forzado a ella y tampoco lo es entregar al mercado la “mano de obra” que todo el “cuerpo de obra”.

La Corte Constitucional definió la prostitución en la Sentencia C-636 de 2009 como:

[...] una actividad que comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, pese a la tolerancia jurídica de que es objeto, la Corte encuentra legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla.¹⁷

No puede afirmar, al mismo tiempo, que merece la misma protección por medio de un contrato laboral y que forma parte del derecho a elegir un trabajo, cuando el riesgo para la persona prestadora del servicio es mucho mayor.

En términos fuertes, pero claros, la igualdad que pretende proteger la Corte es una igualdad ficticia o aparente, puesto que equipara dos situaciones muy distintas: la persona que se prostituye con la persona que alquila su mano de obra.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000*, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-636 de 16 de septiembre de 2009*, M. P. Mauricio González Cuervo.

Si bien en países como Alemania y Holanda¹⁸ se abre la posibilidad de proteger a la persona prostituta por medio del contrato laboral, es necesario reconocer que las condiciones socioculturales y económicas de esos países y el mayor asistencialismo por parte del Estado pueden conferirle a la persona mayor libertad de elección al momento de elegir la prostitución, a diferencia de lo que ocurre en países empobrecidos, donde la prostitución es una obligación derivada de un estado de necesidad. Cabe recordar que “la ciencia sociológica en cosas de pueblos no consiste en usar remedios de otras sociedades”.¹⁹

Si se desea tener algo de coherencia con las diferencias fácticas, la protección de la persona dedicada a la prostitución requiere un mandato de intervención mucho más agresivo que el reconocimiento de la posibilidad de protección mediante el contrato laboral, porque una cosa es proteger la libertad y otra es verificar si la persona prostituta, en el contexto colombiano, es libre para traficar con su cuerpo a cambio de una subsistencia mínima.

La exagerada relación entre género y prostitución

Si se lee con detenimiento la Sentencia, es clara la referencia a la mujer que se prostituye y mínima a la persona (hombre o mujer) que se prostituye. Con ello, la Corte desconoce una realidad: la prostitución ya no es un asunto de género. Cuando analiza el tema de la prostitución, lo centra en aspectos como la discriminación por razones de género y la desprotección a la que se ha visto sometida la mujer. ¿Y la prostitución del hombre?

No se trata de desconocer razones históricas que exigen proteger a la mujer, pero concentrar las razones en el género puede ocasionar una discriminación en relación con el hombre que se ve obligado a prostituirse. Puede ocurrir algo similar a la protección especial a la mujer cabeza de familia, que no puede llegar a desconocer la existencia de hombres cabeza de familia. En cuanto a la prostitución, el objeto

¹⁸ Citamos estas palabras de la Corte Constitucional: “Este tipo de regímenes ha dado lugar recientemente a introducir un **cuarto modelo** a los tradicionalmente reconocidos, denominado *laboral* en el cual la prostitución se valora como un trabajo más, al cual deberían aplicarse los mismos instrumentos utilizados para proteger a los trabajadores de las diferentes industrias de eventuales abusos y violaciones de sus derechos”. Marjam Wijers, “Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución” en *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XX*, coord. Raquel Osborne. (Barcelona: Bellaterra, 2004), citada en Mauricio Rubio, *Viejos verdes y ramas peladas: una mirada global a la prostitución* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 299 y 301.

¹⁹ Roberto Agramonte, “La Sociología en Latinoamérica”, *Revista de Estudios Interamericanos* 2, núm. 3 (1960): 220.

de protección no es la mujer, sino la dignidad de la persona, hombre o mujer. La Corte Constitucional parece olvidar que la prostitución es un fenómeno feminizado que afecta tanto a hombres como a mujeres.

Reconocimiento de la incapacidad del Estado para brindar asistencia

El afán por otorgar igualdad a la persona que se dedica a la prostitución frente a la persona que tiene las garantías laborales propias del contrato de trabajo genera un efecto perverso: hace que un problema social que exige la adopción de fuertes políticas públicas sea resuelto por los particulares que tienen la obligación de contratar y garantizar la estabilidad y seguridad social de las personas dedicadas a la prostitución. Lo que se logra es delegar la responsabilidad del problema de la prostitución a los particulares y reducir la intervención del Estado a su mínima expresión, a aspectos relacionados con la salubridad y regulación de los espacios públicos. Ello se demuestra cuando expresa:

Es decir que los individuos, las personas jurídicas, las empresas privadas son también responsables de la aplicación de la igualdad, en el marco de sus facultades y libertades, del ejercicio de su autonomía privada y de su forma de obrar como operadores de derechos fundamentales y legales de otros individuos [...] a falta de un Estado asistencialista que suministre la procura existencial a todos los sujetos o una renta básica para la subsistencia, la prostitución se convierte en la actividad que sometida a los parámetros constitucionales dichos, controlada urbanísticamente y en términos de salubridad, ordenada en el comercio y sujeta a obligaciones tributarias claras y específicas, permite a un número importante de personas ganarse la vida.²⁰

Con esta cita se pone en evidencia que, si bien la Corte Constitucional reconoce la libertad de elegir la prostitución, también admite que es una alternativa en medio de un Estado no asistencialista para procurar una subsistencia básica. Ello exige analizar, algo que la Corte no hace, entre la actividad libre de la prostitución y la actividad necesaria de la prostitución.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-629*.

A modo de conclusión

Se podría afirmar que la Corte Constitucional es amplia en intenciones dirigidas a la protección de las personas dedicadas a la prostitución, pero se queda corta al momento de analizar las consecuencias de una reglamentación o formalización del oficio, en la medida en que la estimación de la existencia de un contrato laboral puede servirle de garantía, pero, al mismo tiempo, promueve un detrimento de las condiciones de vida, en tanto muy pocos establecimientos entrarán en el renglón de la economía formal y legalizarán a las personas dedicadas al trabajo sexual.

No significa que se esté en contra de la protección de la persona dedicada al trabajo sexual, sino que el vacío normativo es tan amplio y las condiciones en las que se presta el servicio sexual son tan particulares, que el mecanismo de protección mediante el contrato laboral es precario, pues mercantiliza a la persona dedicada a la prostitución sin ofrecer reales condiciones para el ejercicio digno del oficio.

El estudio de la prostitución desde la perspectiva del Derecho Laboral hace de la persona prostituta “mano de obra” de un sector de la economía. Así, temas como la dignidad, la precariedad de condiciones de prestación del servicio o el tratamiento psicológico pasan a un segundo plano.

La imagen de Mafalda resulta esclarecedora: el problema de la prostitución –como el de la pobreza– en medio de una precaria asistencia social por parte del Estado es mejor ocultarlo que intervenirlo.

Referencias

- Agramonte, Roberto. “La Sociología en Latinoamérica”. *Revista de Estudios Interamericanos* 2, núm. 3 (1960): 35-46.
- Barragán, Réne. “La Sociología Jurídica”. *Revista Mexicana de Sociología* 2, núm. 1 (1940):56-81.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-425 de 24 de junio de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-507 de 14 de julio de 1999*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-445 de 4 de octubre de 1999*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-431 de 6 de mayo de 2004*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Gerlero, Mario. “Sociología del Derecho, sexualidades e identidad de género”. *Pensar en Derecho*, núm. 2 (2013): 123-155.
- Herrera, Tomás. “El sociólogo entre los guardianes del Derecho”. http://dcsh.xoc.uam.mx/congresodcsh/ponencias_fin/1oct/XochicallipmDocencia/ElSociologoentrelosguardianesdederecho.pdf (acceso junio 5 de 2013).
- Pacheco, Iván y Jorge Carvajal. “Discusiones acerca del concepto de Sociología Jurídica”. *Iusta*, núm. 23 (julio-diciembre 2005): 11-21.
- Quino. *Toda Mafalda*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 1992.
- Silva, Germán. “Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la Sociología Jurídica desde una perspectiva disciplinaria”. *Diálogos de saberes*, núm. 27 (2003): 117-139.
- Solís, Héctor. “¿Qué es la Sociología Criminal?”. *Revista Mexicana de Sociología* 21, núm. 1 (1959): 251-260.
- Ves, Alfredo. “La Sociología del Derecho: su temática actual”. *Revista Mexicana de Sociología* 29, núm. 3 (1967): 497-512.