COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/594/16

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/594/16
Expediente	—
Fecha	2016-02-10
Sala	Sala Quinta
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De Subsidiariedad
- Derecho A La Libertad Personal
- Libertad Personal
- Derecho A La Libertad De Locomocion
- Libertad De Locomocion
- Trabajadores Sexuales Como Grupo Marginado Y Discriminado

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las accionantes supuestamente vulnerados, diferente a la acción de tutela, como un mecanismo

Texto completo

T-594-16 Sentencia T-594/16 PROHIBICION DE DISCRIMINACION A TRABAJADORES SEXUALES- Caso en que se retienen y conducen trabajadoras sexuales a la UPJ en un contexto de hostigamiento PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD- Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial No existe otro mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las accionantes supuestamente vulnerados, diferente a la acción de tutela, como un mecanismo que busca la protección de los derechos fundamentales de las personas, en este caso los derechos a la libertad personal, a la libre circulación y a la no discriminación. En este sentido, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para buscar la protección de los anteriores derechos.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL- Alcance y concepto LIBERTAD PERSONAL- Limitaciones y garantías según la jurisprudencia constitucional DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCION- Contenido LIBERTAD DE LOCOMOCION- No constituye un derecho absoluto TRABAJADORES SEXUALES COMO GRUPO MARGINADO Y DISCRIMINADO- Especial protección constitucional ACTIVIDAD COMERCIAL DE CASAS DE PROSTITUCION- No se encuentra penalizada en Colombia PROSTITUCION- Definición PROSTITUCION- Desarrollo jurisprudencial TRABAJADORES SEXUALES- Reconocimiento como personas discriminadas y protección de sus derechos al trabajo, dignidad, salud y prestaciones sociales contribuyen a romper ciclos de violencia en los que

algunos de ellos deben ejercer el trabajo sexual PROHIBICION DE DISCRIMINACION A TRABAJADORES SEXUALES- Discriminación por la forma de vestir y el trato indigno como fuente de violencia DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Facultad de decidir acerca de la apariencia personal ACTUACION POLICIVA CON FUNDAMENTOS DISCRIMINATORIOS- Derecho comparado DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA- Contenido y alcance DERECHO A LA IGUALDAD, A LA LIBERTAD PERSONAL Y A LA LIBRE CIRCULACION- Orden a Policía Metropolitana abstenerse de utilizar la política de recuperación del espacio público para limitar el derecho a la libre circulación de las accionantes Referencia:

Expediente T-5.596.207 Acción de tutela instaurada por Esperanza y Otra contra el Ministerio de Defensa, Ministerio del Trabajo, Policía Metropolitana de Bogotá, Personería de Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá y Procuraduría General de la Nación Procedencia:

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Bogotá Asunto: Trabajo Sexual, Derecho al Trabajo, Espacio Público, Derecho a la Libre Circulación Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016) La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Aquiles Arrieta Gómez y, la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA En la revisión de la providencia proferida el 21 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, que confirmó la decisión del 23 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, según lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. El 30 de junio de 2016, la Sala de Selección de tutelas número Seis de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación.

I. ANTECEDENTES 1.1 El 10 de febrero de 2016, las señoras Esperanza y Abril [1] presentaron acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa, Ministerio del Trabajo, Policía Metropolitana de Bogotá, Personería de Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá y Procuraduría General de la Nación para solicitar la protección de sus derechos al trabajo, a la integridad personal, al debido proceso, a la libre circulación, a la no discriminación en razón de su dedicación laboral y a estar libres de violencia.

Hechos y pretensiones 1.2. Las tutelantes indican que el 20 de enero de 2016 hacia las 4:30 PM en la Plaza de la Mariposa en San Victorino de Bogotá, cuando se encontraban sentadas en una silla, la Policía las cercó junto con un grupo de 13 mujeres, algunas de ellas trabajadoras sexuales, las descalzó, las agredió y las condujo a la Unidad Permanente de Justicia (UPJ) de Puente Aranda. Afirman que la acción de las autoridades se dio en el contexto de operativos para la recuperación del espacio público y bajo la presunción de que ejercían trabajo sexual, con fundamento en su forma de vestir, aunque muchas de las mujeres capturadas no se dedican a esa labor.

1.3. Señalan que durante el trayecto los agentes de Policía golpearon brutalmente a un señor que se encontraba en el camión y lo rosearon con gas pimienta, lo que también las afectó. Manifiestan que durante el registro realizado en la UPJ la Policía les rompió “ los bolsos, los zapatos, y tiraron al suelo todas [sus] pertenencias ” [2] .

Adicionalmente “ a tres de [ellas] , [les] robaron el dinero que [tenían] en [sus] carteras ” [3] y a una la golpearon con un bolillo en la pierna [4] .

Aseguran que una investigadora de la Organización “Pares en Acción-Reacción contra la Exclusión Social –PARCES–” intervino durante el operativo, sin embargo, la Policía le respondió que “ en vez de estar defendiéndolas por qué no educan a esas putas hijueputas ” [5] .

1.4. Relatan que a la UPJ sólo ingresaron 8 de las 15 mujeres que habían sido detenidas y transportadas hasta dicho lugar, pues las 7 mujeres no registradas estaban embarazadas, en estado de lactancia o eran menores de edad. Así mismo, que a las 10:00 PM lograron salir gracias a la intervención de un abogado de PARCES, quién les indicó que supuestamente habían sido conducidas al UPJ por estar en “ alto grado de exaltación ”. Sin embargo, señalan que “ en la Plaza de la Mariposa, los Policías que [las] retuvieron [les] dijeron que era por ser putas ” [6] .

1.5. Como consecuencia de los hechos y de diferentes actuaciones de PARCES y otras organizaciones, se realizaron reuniones en el mes de febrero de 2016 entre la oficina de Derechos Humanos de la MEBOG, la Asociación Nacional de Mujeres Buscando Libertad ASMUBULI y la Inspección General de la Policía.

Adicionalmente, se dieron varios intercambios y solicitudes de información acerca de los hechos entre la Defensoría del Pueblo y la Policía Metropolitana de Bogotá.

1.6. Para las tutelantes, su detención violó su derecho a la libre circulación en un contexto en el que la Policía las persigue en el espacio público de forma sistemática y arbitraria, con fundamento en que las percibe como trabajadoras sexuales, lo cual no es un delito [7] .

Además, precisan que ellas no prestan el servicio en la calle ni hacen exhibicionismo, ya que usualmente se contactan vía telefónica con el cliente y se encuentran en un lugar público, para ir después a una habitación y ahí prestar el servicio [8] .

Igualmente, afirman que ellas no exhiben “[sus] genitales para ‘vender [su] cuerpo’ como dijo ese día la Policía ” [9] , sólo hacen uso del espacio público como cualquier otro ciudadano. Así, sostienen que ellas llegan a acuerdos en la calle tal y como los empresarios pactan negocios en cafés o como algunas parejas se piden matrimonio en un parque. Explican que “ todas esas transacciones que se pactan en la calle y que implican un contrato en donde ambas partes se obligan a algo… son iguales a los pactos a los que [ellas llegan] con los clientes por teléfono ” [10] .

A su vez, consideran que su detención violó sus derechos al mínimo vital y al trabajo al privarlas sin fundamento legal del sustento que representan esas horas de detención, lo que en su caso significa la diferencia entre tener donde dormir o no.

1.7. En su concepto, se encuentran bajo una persecución de la administración distrital y de la Policía Metropolitana de Bogotá que no se ajusta a la Constitución y agrava su situación, ya que como mujeres que ejercen trabajo sexual diariamente soportan todo tipo de abusos y discriminación en un contexto en el que carecen de los mínimos para sobrevivir y mantener a sus familias. Por lo tanto, están en un estado de vulnerabilidad en el cual la administración debería adoptar medidas positivas para protegerlas en vez de perseguirlas.

1.8. Argumentan que las acciones de la Policía violan su derecho al trabajo porque su actividad no tiene lineamientos normativos que la regule y porque las autoridades no conocen la sentencia T-629 de 2010, que establece que no pueden ser discriminadas por su trabajo.

Consideran que como trabajadoras sexuales ejercen una profesión digna por la que no pueden ser víctimas de discriminación ni de estigmatización. Igualmente, aseveran que “ las autoridades distritales en el presente caso plantean políticas de ‘recuperación del espacio público’ que van en contravía de toda regulación normativa causándoles un trato indigno, desigual, vulnerando [sus] derechos al trabajo y al mínimo vital ” [11] y que desconoce la confianza legítima que ellas puedan tener.

1.9. Para las tutelantes, el Ministerio del Trabajo ha eludido exhortar al órgano legislativo para que expida las normas que las protejan como cualquier otro trabajador de la sociedad, lo que tiene como consecuencia el trato arbitrario y violento al que la Policía las somete, cuando esta institución debería ser la primera en protegerlas.

Añaden que la detención del 20 de enero fue una detención arbitraria que violó su derecho a la libertad y que la violencia a la que fueron sometidas " hace parte de un patrón sistemático y persistente de prácticas arbitrarias de detención, de violación de [sus] derechos fundamentales y de distintas formas de violencia contra [su] libertad, [su] integridad física y moral y [su] vida " [12] .

Además, manifiestan que se violó su derecho al debido proceso porque no hubo presencia del Ministerio Público en la UPJ. A su juicio, la arbitrariedad de la detención se evidencia en: (i) la ausencia de una razón para su detención; (ii) la violencia durante la misma;

(ii) la falta de información acerca de sus derechos y de la causa de la detención, diferente a estar vestidas de acuerdo con su actividad laboral; y (iv) la omisión de aviso al Ministerio Público.

1.10. Por último, solicitan que: 1. Se oficie a la Fiscalía General de la Nación para que investigue los hechos incluida la ausencia del Ministerio Público a su llegada a la UPJ e informe bimensualmente sobre los avances de la investigación;

2. Se vincule al Ministerio Público para que inicie una investigación disciplinaria por las faltas en las que incurrieron los agentes de Policía e informe bimensualmente sobre sus avances;

3. Se ordene al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá que les pida disculpas públicas por su captura y agresión, de forma que quede claro que se trató de una violación de sus derechos como una práctica sistemática;

4. Se repare por los daños económicos, sociales y psicológicos a las 15 mujeres que fueron retenidas de forma arbitraria; 5. Se vincule al Ministerio del Trabajo para que: (i) garantice el ejercicio libre y voluntario del trabajo sexual; (ii) promueva en los doce meses siguientes a la sentencia que resuelva esta tutela, un proyecto de ley que " regule, de acuerdo con los estándares establecidos por la Corte Constitucional, el ejercicio del trabajo sexual con miras a que se respeten todos los derechos de las/os trabajadora/es sexuales ", el cual debe contar con la participación de las(os) mismas(os);

6. Se adopten medidas al interior de la Policía para que los agentes no incurran en estas acciones de violencia, y en tal desarrollo, se expida una circular que indique que los hechos del 20 de enero constituyeron una vulneración de los derechos de las tutelantes y que se trata de una práctica sistemática.

Además, que se expida dentro de los siguientes doce meses un protocolo interno para la Policía que permita establecer las formas de interacción entre los agentes de la Policía y las trabajadoras sexuales, y en el que se garanticen los derechos de estas personas. Se indica que el protocolo deberá formularse con la participación de líderes de las trabajadoras sexuales.

7. Se ordene al Ministerio del Trabajo en conjunto con la Policía Metropolitana de Bogotá que emitan un comunicado público en donde se haga explícito que el trabajo sexual es un trabajo digno que debe ser respetado en igualdad de condiciones a las demás de labores;

8. Se ordene a la Alcaldía de Bogotá garantizar el acompañamiento del Ministerio Público en los operativos de " recuperación del espacio público "; y 9.

Se ordene a la Alcaldía de Bogotá que: (i) adopte dentro de los siguientes doce meses un protocolo que garantice el respeto de los derechos de esta población, el cual se elabore en conjunto con representantes de la misma; y (ii) emprenda una campaña de promoción de la denuncia de casos de violencia policial.

2. Actuaciones procesales en sede de tutela 2.1. El 10 de febrero de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección A admitió la acción de tutela y ordenó que se notificara a los demandados para que en el término de dos días ejercieran su derecho a la defensa y allegaran un informe sobre los hechos descritos en la tutela. Además, decretó el testimonio de Luz Mary Pardo de la Organización PARCES.

2.2. El 15 de febrero de 2016, Luz Mary Pardo rindió declaración en la que indicó que identificaba a las trabajadoras sexuales porque éstas hacen parte de la ONG PARCES, que tiene un observatorio de trabajo sexual con enfoque en abuso policial, educación y salud en 6 localidades de Bogotá, incluida la Plaza de la Mariposa. Señaló que se encontraba en el lugar cuando sucedieron los hechos por lo que vio cuando llegaron tres camiones con agentes de Policía. Señaló que cuando se acercó " había tres chicas al lado del camión y ya habían subido a la mayoría ", " las tenían descalzas y expuestas a la población de San Victorino, las estaban requisando ".

Agregó que le preguntó a la Policía por qué se llevaban a las mujeres y le respondieron que " nos las llevamos porque venden el cuerpo " [13] .

Les dijo que lo que hacían era arbitrario, a lo que le pidieron que se identificara y le dijeron que " en vez de estar defendiéndolas debían educar a esas putas hijueputas " [14] , por lo que ella les advirtió que el abogado de la ONG hablaría con ellos en la UPJ.

Manifestó que habló con las mujeres dos días después del incidente para recopilar información y que todas le dijeron que " llegó la Policía, hizo un círculo y las inició a maltratar (sic) , con un bisturí rompieron sus bolsos, y las subieron al camión " [15] , que " entre las detenidas había una mujer embarazada y una menor de edad de 17 años "

[16] . También, le contaron que fueron agredidas verbalmente en el camión con expresiones como " putas tenían que ser " [17] . La declarante sostuvo que ese tipo de situaciones ahora son sistemáticas, cuando no sucedían desde el año 2013. Además, resaltó la exposición al escarnio público a la que fueron sometidas las mujeres, pues una persona común no sabe que son trabajadoras sexuales y " ellas no ejercen su profesión en el Parque La Mariposa, ellas hablan con sus clientes por teléfono y se van a un hotel " [18] .

Finalmente, afirmó que " en este país las mujeres tienen derechos pero a las trabajadoras sexuales se les desconoce este tipo de derechos y la dignidad al trabajo es muy importante, independientemente de que sean trabajadoras sexuales " [19] .

2.2. Contestación de las entidades accionadas 2.2.1. Procuraduría General de la Nación La Procuraduría sostuvo que no existe legitimación en la causa por pasiva, ya que la Vista Fiscal no es la causante del daño o perjuicio a los derechos fundamentales que las demandantes consideran vulnerados.

2.2.2. Personería de Bogotá La Personería de Bogotá indicó que no ha violado ningún derecho fundamental de las tutelantes toda vez que no es cierto que no tuvo presencia durante su registro y retención en la UPJ. Explicó que tiene registro de la presencia de un funcionario de la Personería Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos quien presentó un informe en el que sostiene que " cumplió su turno a cabalidad " y que " se recibieron trece ciudadanas provenientes del Parque la Mariposa, situación que le fue puesta en conocimiento a través de los informes individuales de conducción, de conformidad con la sentencia C-720 de 2007. De donde se puede inferir con claridad que en la UPJ para el día de los hechos, esto es 20/01/2016 a la hora aproximada de la llegada de las accionantes, 6:00 PM, sí estaba presente el Agente del Ministerio Público de la Personería de Bogotá, así mismo, conoció del ingreso de las personas conducidas a través del informe individual " [20] .

Relató que no se autorizó el ingreso a cinco de las ciudadanas por encontrase en embarazo o en estado de lactancia y su trámite de egreso se realizó hacia las 8:00 PM [21] , posterior a lo cual hizo entrega del turno a otro agente del Ministerio

Público.

2.2.3. Policía Metropolitana de Bogotá La Policía Metropolitana de Bogotá (MEBOG) señaló que sus actuaciones fueron ejercidas bajo el cumplimiento de sus funciones de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y de garantizar la conservación y protección del espacio público que ha sido considerado recuperado [22] , como la Plaza de la Mariposa.

Agregó que su actuación policial se presta en apoyo a las alcaldías locales en materia de seguridad y que su función en el terreno es preventiva " en cuanto en varias oportunidades se han logrado desarticular estructuras criminales que se mimetizan como trabajadoras sexuales, además que se valen de menores de edad para ofrecer sus servicios, desarrollado en zonas del espacio público ocupadas indebidamente realizando actos obscenos, delictivos y contravencionales que generan inseguridad, mala convivencia y percepción ciudadana " [23] .

En este sentido, explicó que la Policía, en apoyo a las Alcaldías locales que han iniciado una actuación de recuperación del espacio público, debe " llevar a efecto la restitución inmediata del espacio público previamente definido respecto de todos los vendedores informales… ", previo acto administrativo [24] . A su vez afirmó que de conformidad con el numeral 2 del artículo 80 del Acuerdo 79 de 2003, " las ventas ambulantes o estacionarias, constituyen una forma de ocupación indebida del mismo " [25] .

También señaló que ese Acuerdo Distrital establece como un deber de la Policía proteger la integridad del espacio público y su destinación al uso común, lo cual es concordante con la facultad de los alcaldes locales para dictar órdenes a la Policía en ese sentido (artículo 193). A su vez, la Policía debe " denunciar las infracciones a las reglas de convivencia ciudadana de que tengan conocimiento " [26] .

A continuación, citó el artículo 12 del Decreto 98 de 2004 que autoriza a la Policía a retirar a cualquier persona de una zona que ha sido recuperada y otras disposiciones para concluir que esta autoridad tiene la facultad de remover a las trabajadoras sexuales del espacio público y que el trabajo sexual durante horas del día trasgrede el artículo 47 del Código de Policía de Bogotá.

En este contexto, relató las diligencias realizadas alrededor de los hechos del 20 de enero de 2016, así: El Jefe de Espacio Público de E-3 Santa Fe solicitó por vía radial el apoyo de un camión para el traslado de 14 mujeres a la UPJ ya que " el sector de la mariposa es una zona de recuperación de espacio público " [27] y " en meses anteriores fue desarticulada una banda de trabajadoras sexuales donde utilizaban menores de edad para ofrecer sus servicios, siendo un operativo policial de impacto a nivel distrital motivo por el cual se debe mantener el control en dicho sector para así evitar la proliferación de estas trabajadoras sexuales " [28] .

De acuerdo con esa petición, se llevó a cabo un control de espacio público en la Plaza de la Mariposa " donde se condujeron a 14 trabajadoras sexuales las cuales estaban realizando exhibiciones obscenas (…) bajo la mirada de la ciudadanía quien informó de los hechos " [29] .

El informe que reseñó la operación concluye que " el procedimiento se desarrolló sin ningún tipo de agresión física a dichas trabajadoras sexuales tal como lo consta en los formatos de la Unidad Permanente de Justicia y la entrevista realizada por el funcionario del Ministerio Público, por el contrario les fue encontrado (sic) cuatro armas blancas tipo navajas " [30] .

El 25 de enero de 2016, la Secretaría Distrital de la Mujer realizó una reunión con el fin de tratar la situación presentada en la Plaza de la Mariposa, para lo cual se convocó a la Secretaría de Gobierno Distrital y a la ONG PARCES y se generaron unos compromisos compartidos. A su vez, el 5 de febrero de 2016 se realizó una reunión en la oficina de derechos humanos de la MEBOG con la Asociación Nacional de Mujeres Buscando Libertad y con una capitán de la

Inspección General de la Policía Nacional. En tal reunión se llegó a la conclusión de hacer otra reunión en la que estuviera presente el Jefe de Espacio Público del Distrito para que pudiera esclarecer los hechos.

El 26 de enero de 2016, la Policía respondió un derecho de petición presentado por el Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales en el que formulaba siete preguntas sobre los hechos. A su vez, el 5 de febrero se hizo otra reunión para tratar el tema con presencia de ASMUBULI.

En cuanto a las pretensiones de las tutelantes, la Policía señaló que no es competente para llevar a cabo la mayoría de ellas. Puntualmente, en relación con la petición de acompañamiento del Ministerio Público, sostuvo que éste siempre estuvo presente, así en el caso concreto existe una constancia emitida por la Delegada para los Derechos Humanos del Ministerio Público en la UPJ que lo prueba.

Sobre la elaboración de un protocolo para garantizar el respeto de los derechos de las trabajadoras sexuales, indicó que la Policía Metropolitana desarrolla su actividad en concordancia con la Ley 294 de 1996, que es la guía de atención a la mujer víctima de violencia, y la Ley 1257 de 2008, que es la guía de atención a población vulnerable.

Finalmente, alegó que en la tutela no se explica cuál es el perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela y solicitó que la misma fuera denegada porque la Policía no ha violado ningún derecho fundamental " dado que asistió de manera diligente la recuperación y restablecimiento del orden público, así como el respeto a los derechos humanos, al trabajo, integridad personal debido proceso, a la libre circulación, no discriminación en razón a la labor de ser trabajadoras sexuales" [31] .

Alcaldía Mayor de Bogotá La Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la Secretaría de Gobierno (Coordinación de la Unidad Permanente de Justicia, Dirección de Derechos Humanos) manifestó la falta de legitimación por pasiva ya que no está dentro de su competencia ninguna de las acciones que dieron lugar a las violaciones alegadas. Respecto de los hechos planteados indicó que no le consta ninguno diferente a la conducción de 8 mujeres a la UPJ de donde salieron a las 8 PM, no a las 10 PM como lo alegaron. En cualquier caso, afirmó que esto no afectaba la responsabilidad de la Secretaría, ya que la conducción de las mujeres a la UPJ se dio en el ámbito de la responsabilidad de otras entidades. Así mismo, que la Dirección de Derechos Humanos tuvo conocimiento de los hechos mediante una llamada telefónica de la anterior coordinadora de un proyecto de la Alcaldía y que en el marco de sus competencias entabló contacto telefónico con el sargento, máxima autoridad policial al interior de la UPJ. En esa conversación le recordó al sargento los protocolos de atención según los estándares establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 2007.

Adicionalmente, sostuvo que dicha entidad no violó ningún derecho fundamental y que por solicitud de la comandancia de la UPJ y de la Policía Metropolitana, el 10 de febrero de 2016, la Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría brindó una capacitación sobre el trato de la población vulnerable, lo cual incluye trabajadoras sexuales y población LGBT, en la que participaron 120 funcionarios de la Policía [32] .

De otra parte, señaló que los hechos se habían dado en el ámbito de las competencias de la Policía y que de existir un daño, lo correspondiente era acudir a la acción de reparación directa para que se indemnice a las mujeres. Por lo tanto, la tutela no es el mecanismo adecuado para proteger los derechos invocados y no se vislumbra un perjuicio irremediable que la haga procedente.

Ministerio de Trabajo El Ministerio solicitó su desvinculación por falta de legitimación por pasiva, y en subsidio que la acción se declarara improcedente, pues la entidad " no es ni fue el empleador del accionante (sic) , lo que implica que no existe, ni existió un vínculo de carácter laboral entre el demandante y esta Entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos " [33] .

3. Decisiones judiciales de instancia Sentencia de primera instancia 3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 23 de febrero de 2016, rechazó la acción por improcedente, al considerar que se encuentra encaminada a la obtención de una indemnización y resarcimientos por perjuicios económicos, sociales y morales. En esa medida la controversia debía ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

A pesar de lo anterior, el Tribunal determinó pertinente realizar algunas consideraciones. En primer lugar , estableció que si bien en los hechos se hacía referencia a 15 mujeres, la acción sólo comprendía a las dos tutelantes que efectivamente la presentaron.

En segundo lugar , determinó que la conducción de las mujeres a la UPJ se encontraba dentro de las competencias de la Policía, que de las pruebas allegadas se comprobó que el agente del Ministerio Público sí estuvo presente en la diligencia en la UPJ y que las mujeres conducidas salieron de dicho lugar a las 8 PM y no a las 10 PM como lo afirmaron.

De otra parte , concluyó que del material probatorio no era posible acreditar las lesiones alegadas por las tutelantes pero que era necesario remitir copia de la decisión a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que adelantaran los trámites pertinentes.

Finalmente , reconoció el esfuerzo de la Policía para mejorar el desarrollo efectivo de sus funciones de acuerdo con la reunión del 25 de enero de 2016 y la capacitación sobre población vulnerable del 10 de febrero de 2016.

Impugnación 3.2. Las tutelantes impugnaron la decisión y argumentaron que para el juez de instancia predominaron los formalismos por encima de la protección de sus derechos fundamentales, al considerar que el hecho de que la firma del agente del Ministerio Público estuviera en las actas de ingreso y devolución en la UPJ significaba, automáticamente, que éste hubiera estado presente. Igualmente, que la diferencia de dos horas en la salida tampoco era relevante y que tenía la potestad para aclarar esos asuntos llamándolas a prestar testimonio.

Además, afirmaron que la determinación de improcedencia es “ a todas luces injusta ” [34] ya que “ la reparación material era sólo una petición de las muchas que exigimos en la acción de tutela ” [35] y le resta importancia a las otras peticiones, como las disculpas públicas o el llamado a la MEBOG y al Ministerio del Trabajo para que cumpliera los lineamientos de la Corte Constitucional en cuanto al respeto por el trabajo sexual como tal.

En el mismo sentido, afirmaron que el Tribunal estudió de forma superficial la legalidad del operativo de la Policía al analizar las competencias que le otorga la ley y no el caso concreto. Insistieron en que la Policía nunca les preguntó sobre su domicilio para llevarlas ahí en vez de a la UPJ, como exige la norma.

De igual manera, plantearon que es inadmisible que el fundamento de las actuaciones de la Policía para removerlas del espacio público corresponda a las normas sobre vendedores ambulantes ya que ese acercamiento asume que usufructúan del espacio público y lo invaden con su presencia. Además, alegaron que los operativos que la Policía realiza tienen fundamento en criterios discriminatorios, como la condición socioeconómica ya que ese tipo de operativos no se dan en contra de trabajadoras sexuales que se encuentren en zonas exclusivas de la ciudad.

Reiteraron que ellas no ejercen el trabajo sexual en el espacio público sino que se encuentran en éste con sus clientes y que tampoco son exhibicionistas, por lo que no entienden cuál es el criterio que la Policía usa para determinar quién ejerce trabajo sexual. Solicitaron que se tuviera en cuenta el Acta de la reunión que se sostuvo con la Policía en la que ésta afirma que no existe un criterio institucional para determinar en qué momento se perfecciona el trabajo sexual. Así, subrayaron que las mujeres de la Plaza de la Mariposa son perseguidas en virtud de factores y patrones discriminatorios por lo que los argumentos del Tribunal “ se quedan cortos frente a la gravedad de los hechos por la persecución generalizada y sistemática ” [36] que viven las personas que ejercen trabajo sexual.

Intervención de la Defensoría del Pueblo Durante el trámite de segunda instancia la Defensoría del Pueblo intervino para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de las tutelantes. Planteó que la tutela era procedente ya que no existe otro medio adecuado para proteger sus derechos al trabajo -en el caso del trabajo sexual-, al mínimo vital, a la igualdad y de otros derechos vulnerados debido a la detención. Además, el juez de primera instancia se debió pronunciar para hacer claridad sobre la violación de los derechos y advertir a la parte accionada respecto del incumplimiento de sus obligaciones, para que en situaciones semejantes no vuelva ocurrir. Afirmó que el a quo no utilizó su facultad extra petita y ultra petita para identificar la violación de los derechos del caso. Así, señaló que la conducción de las mujeres a la UPJ se hizo con fundamento en que eran trabajadoras sexuales, lo cual violó sus derechos a la dignidad, a la libertad individual, a la igualdad, a la libre circulación, al trabajo y al mínimo vital.

Precisó que el fundamento de la detención –ejercer la prostitución durante el día– es ilegal, ya que ésta no se encuentra prohibida, ni es una contravención. A su juicio, la afirmación también revela prejuicios y estereotipos que se apartan de los criterios establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias T-629 de 2010 y T-736 de 2015. También sostuvo que la detención tiene como fundamento " la peligrosidad de las mismas por ejercer trabajo sexual pues en ocasiones anteriores han realizado operativos en los que presuntas trabajadoras sexuales han estado involucradas en actividades ilícitas " [37] .

Por último solicitó que se protegieran los derechos de las tutelantes y que se ordenara a la Policía pedir disculpas públicas por haberlas conducido a la UPJ, con fundamento en prejuicios que relacionan el trabajo sexual con conductas delictivas, y que se adopten todas las medidas necesarias para que en los operativos de recuperación de espacio público, las personas que ejercen trabajo sexual no sean conducidas a la UPJ por el hecho de realizar dicho trabajo.

Sentencia de segunda instancia 3.3. El 21 de abril de 2016, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A confirmó la decisión de primera instancia por considerar que no se han agotado los mecanismos idóneos para el amparo de las pretensiones como es en este caso el medio de control de la reparación directa.

4. Actuaciones en sede de revisión 4.1. En razón a la necesidad de obtener información suficiente para mejor prever, la Magistrada sustanciadora decretó la práctica de una audiencia de declaración de parte celebrada el 19 de septiembre del 2016 en las instalaciones de la Corte Constitucional [38] .

En la misma, la magistrada auxiliar comisionada [39] para la práctica de la prueba, le preguntó a la única actora que se presentó a la diligencia, en primer lugar, si la situación en la Plaza de las Mariposas con la Policía fue un hecho aislado o se presenta con regularidad y sistematicidad. En ese sentido, la actora indicó que "es el pan de cada día, siempre nos molestan y golpean y nos dicen perras hijupeutas (sic) , prostitutas, lava calzones" [40] y que los abusos ocurren cuando son conducidas a la Unidad Permanente de Justicia.

En ese sentido, manifestó que en la fecha de los hechos que suscitaron el presente reclamo una de sus compañeras perdió un bebé ya que "le hicieron el tacto vaginal pero que la Policía se quitó el guante y lo botó para que no quedara evidencia" [41] .

Además, agregó que "nos vimos obligadas a caminar y todo descalzas, como nos trataron, como si fuéramos unas delincuentes" [42] . También, señaló que la actitud de la Policía siempre ha sido agresiva y que "si yo no pago treinta mil pesos de vacuna no me dejan ingresar al parque, uno de mis clientes fue víctima de cuestionamientos, yo le gusté a él y de un momento a otro me contrató, o sea, el trabajo sexual no se ejerce ahí sino en una pieza en un sitio privado y a mi cliente (de un momento a otro) lo cogieron y le dijeron, bueno si no me da cincuenta mil no lo dejo en libertad por eso la gente se rebota y cada rato son peleas" [43] .

Con respecto a su situación familiar, señaló que es una madre cabeza de familia de una menor de 9 años que debe utilizar una silla de ruedas debido a una discapacidad psicomotora que padece.

Por otra parte, frente a las requisas que practica la Policía en la zona, señaló que " en la plaza llega uno y está con su bolso y de un momento a otro lo requisan dentro del camión, porque a mí me ha requisado la femenina, varias veces a mis compañeras también las han requisado un hombre Policía, entonces llegan y le miran a ver usted que carga, lo único que yo cargo es mi tarjeta porque si a mí me sale un trabajo mucho mejor me iría, porque ya uno queda señalado, no solamente la Policía sino las mismas mujeres que son de alta gama lo ofenden a uno, entonces como le dijo, eso no es fácil a la hora de la verdad y uno tiene que venir porque toca el sustento diario. Y entonces llegan y le miran a ver si uno carga droga o carga armas, lo tratan a uno como ellos quieren, inclusive llegan y lo suben forzadamente al CAI de San Victorino, lo que pedimos yo y mis compañeras es que por favor nos colaboren con esa parte básicamente porque al otro día también me cogieron y eso hubo protesta" [44] .

Respecto a los tactos vaginales a los que supuestamente son sometidas en la UPJ, la actora manifestó que dicha práctica se realiza con el fin de determinar si las mujeres se encuentran lactando o si están en su periodo menstrual, pero que el día de los hechos ella no fue sometida a ese procedimiento.

Aunado a lo anterior, a la actora se le preguntó sobre los problemas generales de convivencia en la Plaza de La Mariposa, sobre lo cual señaló que " uno de los problemas es que la Policía dice que como pudo acabar con la L, de todo lo que paso allá en el Bronx y eso, que así como pudieron acabar eso que como no van a poder con nosotros, que como no van a poder ellos y es que además también se ponen a decirle a los clientes que uno tiene sida y los espantan y no tampoco, que no dañen el trabajo porque nosotros tenemos derecho al trabajo y el trabajo sexual no es un delito, no se ejerce ahí mismo sino que se ejerce en un sitio público, donde uno acuerda con el hombre y el hombre paga ahí su pieza normal" [45] .

Por último, manifestó que no conocía los programas de atención de la Alcaldía y que las batidas seguían ocurriendo con relativa frecuencia. 4.2. El 8 de septiembre de 2016, la Sala le solicitó a la Policía Metropolitana de Bogotá y a la Alcaldía Mayor de Bogotá que informaran cuál es la política vigente en relación con el trabajo sexual y el espacio público. Además, invitó a PARCES, a la Asociación Nacional de Mujeres Buscando Libertad ASMUBULI - Sintrasexco, a ONUMUJERES sede Colombia y a la Defensoría del Pueblo – Delegación de Asuntos Constitucionales y Legales a participar en la acción de tutela para que contribuyeran con información acerca del caso o de contexto que fuera relevante [46] .

Respuestas e intervenciones 4.3. La Policía Metropolitana de Bogotá respondió que cumple con la jurisprudencia y las normas vigentes, tales como la Constitución, el Decreto 098 de 2004, el Decreto Distrital 070 de 2003, la Resolución 020 de 2014 y demás normas complementarias. Específicamente, transcribió el artículo 8 del Decreto 098 de 2008 acerca de las etapas administrativas que los alcaldes deben agotar antes de aplicar procedimientos policivos; el artículo 12 que habilita a la Policía a remover a cualquier persona que ocupe un espacio público recuperado; el artículo 13 acerca de la determinación de zonas especiales y otras normas constitucionales y legales que hacen referencia a las facultades del Alcalde como máxima autoridad de Policía en la ciudad para la preservación del espacio público.

A su vez, indicó que la Policía sigue los lineamientos establecidos en la sentencia T-772 de 2003 sobre la aplicación de los diferentes procedimientos alrededor de la invasión del espacio público, lo cual fue catalogado en la decisión, como un problema social. De acuerdo con dicha decisión reitera que es competencia de la Policía mantener la seguridad y la convivencia ciudadana a través de la garantía, goce y disfrute del espacio público y de la comunidad sobre el interés particular.

Así mismo, explicó que “si algún uniformado llegase a incurrir en alguna situación de maltrato físico o psicológico a un persona (sic), o se compruebe que no actúa debidamente dentro de la legalidad y lo estipulado en los procedimientos policiales, se deberá realizar en primera instancia el debido llamado de atención correspondiente a su manera de proceder, como se ha venido realizando por parte de las entidades correspondientes y por el mando institucional” [47] .

Por esta razón, explicó que “no se puede pretender erróneamente por vía de la acción constitucional de tutela, buscar la solución a una problemática social, cuando la normatividad de Policía es clara en establecer que para el manejo de tales asuntos se debe adelantar por medio de un procedimiento administrativo, el cual fue desarrollado en debida forma por parte de las autoridades de Policía competentes entre ellas la Alcaldía Mayor y las Alcaldías Locales” [48] .

Adicionalmente, planteó que las tutelantes no acreditaron un perjuicio irremediable y que lo que buscan es controvertir actos administrativos para la recuperación del espacio público mediante tutela. Así mismo, asevera que “ no se puede pretender utilizar la acción de tutela para buscar el otorgamiento de un permiso para la utilización del espacio público ni mucho menos para declarar o establecer que una zona determinada de la ciudad no es recuperada como lo pretende el actor (sic) (…)” [49] .

La Policía confirmó que la Plaza de la Mariposa es un espacio recuperado, como lo establece la Resolución 20 de 2014 de la Alcaldía Mayor de Bogotá. A su vez, señaló que no cumple ningún papel en elaborar políticas y sólo sigue su deber constitucional de mantener el orden y la seguridad. Manifestó que en este año han realizado múltiples operativos en respuesta a los requerimientos de las alcaldías locales alrededor del espacio público pero no de trabajadores sexuales en particular. También dijo que la Policía no tenía ningún tipo de prohibición legal para impedir que los ciudadanos hagan uso de los servicios que ofrecen las trabajadoras sexuales, siempre que la actividad no afecte la moralidad y tranquilidad pública.

Finalmente, señaló que la Corte, mediante sentencia C-789 de 2006, se pronunció acerca de las requisas y cacheos y transcribe algunos apartes de la decisión que establecen que éstos no son contrarios a la Constitución.

4.4. La Alcaldía Mayor de Bogotá presentó un escrito en el que explicó que en desarrollo de su obligación de proteger el espacio público su política pública tiene como objetivo brindar alternativas para disminuir los índices de ocupación indebida, en la conciliación del derecho al trabajo y el derecho colectivo al uso y goce del espacio público, a partir de los lineamientos sentados por la sentencia SU -360 de 1999 sobre vendedores ambulantes y espacio público.

Señaló que la norma vigente para la preservación del espacio público y la armonización de los derechos de los vendedores informales que lo ocupan es el Decreto 98 de 2004, el cual se aplica en armonía con lo dispuesto en la sentencia T-772 de 2003. A su vez, hizo un recuento del trabajo que ha realizado el Comité de Coordinación Interinstitucional que ahora es la Comisión Intersectorial del Espacio Público, en relación con los vendedores ambulantes y los operativos sobre ventas ilegales, el comercio informal y el contrabando.

Manifestó que la política actual del espacio público se encuentra reflejada en el artículo 13 del Decreto 496 de 2003 y en el artículo 5 del Decreto 215 de 2005 y alude a las normas que le atribuyen a la Alcaldía Mayor, las locales y a la Policía el deber de proteger el espacio público.

Indicó que el espacio público recuperado es el que “ fue invadido de manera permanente, reiterada y durante un lapso de tiempo bastante considerable, por vendedores informales, los cuales según el principio de confianza legítima, fueron reubicados en primer lugar y luego si se generó la recuperación del espacio público por las autoridades competentes, en otras palabras dicho sector fue objeto de un procedimiento de restitución de espacio público ” [50] .

La Alcaldía afirmó que ninguna de las entidades distritales han desplegado “ operativo, actuaciones o procedimiento alguno relacionado propiamente dicho (sic) con las trabajadoras sexuales bajo la obligación de mantener el espacio

público recuperado en Bogotá y específicamente en el sector de la mariposa” . Sin embargo, señaló que la alcaldía local de Santa Fe en coordinación con otras entidades sí ha realizado intervenciones en el sector, pero no ha efectuado control directo con la población de mujeres que presuntamente ejerce trabajo sexual [51] .

También relacionó los operativos que la alcaldía local ha llevado en contra de establecimientos de comercio que han incumplido las reglas de convivencia por alquilar cuartos a trabajadoras sexuales, en una zona que no permite ese uso del suelo.

Por otro lado, manifestó que contrario a lo que plantean las tutelantes, no es necesario llevar a cabo actos sexuales en el espacio público para comprometerlo, pues “ basta con que alguna de las actividades propias de la cadena de valor del servicio pretenda aprovechamiento del bien público. Por ejemplo, la actividad de promoción de los servicios sexuales llevada a cabo en el espacio público aun cuando sea para que lo ofertado se lleve a cabo en un espacio cerrado sigue siendo un indebido aprovechamiento de espacio destinado al goce colectivo, máxime si se tiene en cuenta que en razón al tipo de servicios que se promocionan se maximiza el riesgo de atraer el consumo de los mismos por parte de niños, niñas o adolescentes ” [52] .

En cuanto a la política para las trabajadoras sexuales, mencionó las normas aplicables al trabajo sexual y las diferentes divisiones de la Alcaldía que dentro de sus funciones tienen que atender el fenómeno. Refirió la Resolución 490 de 2015, sobre el plan de acción para la protección de las mujeres que ejercen la prostitución, y relacionó los servicios que la Secretaría de la Mujer ha prestado. Igualmente, citó el Acuerdo 645 de 2016 que tiene como meta la atención integral en salud mental física y emocional a la población de “ personas en situación de prostitución y víctimas de explotación sexual, la caracterización cuantitativa y cualitativa de esta población y la generación de una política pública distrital para la protección integral y la generación de oportunidades para las personas en ejercicio de la prostitución ” [53] .

Sobre la política pública para los usuarios de servicios sexuales transcribió el artículo 49 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 y las medidas y políticas públicas que ha adoptado la Alcaldía en relación con la población diversa que ejerce la prostitución.

Por último, presentó una imagen que prueba la inclusión de las tutelantes como beneficiarias de atención en el marco de los servicios sociales de la Secretaria de Integración Social de la Alcaldía.

4.5. PARCES intervino [54] para relatar hechos posteriores a la radicación de la impugnación que considera relevantes, a saber: El 23 de julio de 2016, en el CAI de la Plaza de la Mariposa se llevó a cabo una requisa de diez mujeres por parte de agentes masculinos los cuales constriñeron a las mujeres a realizar un pago de $10.000, para no ser transportadas a la UPJ. Además, uno de los agentes de turno en dicho CAI fue visto con dos números de chaleco diferentes.

El 25 de julio de 2016, los hechos se repitieron contra la misma población, sólo que ahora les exigieron $20.000 y las que no pudieron cubrir el costo las llevaron a la UPJ.

El 6 de agosto de 2016 en la Plaza de la Mariposa un agente abordó a una mujer para realizarle una requisa y le indicó que la llevaría a la UPJ. La mujer se negó por encontrarse en estado de lactancia, a lo que el Policía la obligó a sacarse el seno en público para probar su condición.

El 8 de agosto de 2016, tres mujeres trataron de identificar a los agentes asignados a ese CAI y cuando intentaron dar la información a un tercero una de ellas fue interceptada por los Policías, quienes le realizaron una segunda requisa y le quitaron el papel con la información mediante el uso de la fuerza.

Como soporte de lo descrito adjuntó: (i) cuatro fotos de agentes en la Plaza de la Mariposa; (ii) los testimonios en audio de Kristen y Carolyn acerca de la situación en la Plaza de la Mariposa que da cuenta de las solicitudes de dinero para no

llevarlas a la UPJ, requisas de agentes masculinos, las agresiones a Kristen cuando intentó entregar información sobre la identidad de los agentes y la intervención en su trabajo.

En un segundo escrito, la organización presentó un estudio que busca evidenciar cómo los prejuicios, particularmente aquel que recae sobre la población de mujeres que ejerce trabajo sexual, limita el ejercicio de sus derechos en distintos ámbitos. Éste se centra en la calidad, acceso e información en los servicios de salud y señala cómo la limitada educación de los profesionales de salud en los centros de atención, así como la forma tradicional de trato en dichos espacios genera una estigmatización de las trabajadoras sexuales. Recomienda a diferentes actores un particular énfasis en la información, educación y capacitación sobre la población vulnerable e integrar a la comunidad en estos procesos para desestimar prejuicios. Específicamente, le recomienda la Alcaldía Mayor de Bogotá " incluir consideraciones de distribución geográfica del trabajo sexual como actividad no penalizada para generar condiciones de trabajo más saludables facilitar el acceso a derechos y crear espacios de ejercicio más sanos " [55] . Sustentan esa recomendación en que la remoción de sanciones legales como la persecución policial y el perfilamiento de individuos como potencialmente criminales crea espacios más seguros e incrementaría el acceso a la salud.

En un tercer escrito, PARCES planteó nuevamente la procedencia de la acción de tutela por ser el medio idóneo para la protección de los derechos de las accionantes ya que, en su criterio, la pretensión esencial de las tutelantes es evitar la repetición de los hechos que originaron esta tutela. De otra parte, manifestó que, según los datos recogidos entre 2014 y 2016 en su Observatorio de Trabajo Sexual, de 150 personas encuestadas: 93 respondieron haber sido maltratadas alguna vez por un Policía, 111 dijeron haber sido agredidas verbalmente, a 76 les pidieron dinero para no ser trasladadas a la UPJ y a 51 les habían pedido favores sexuales para no conducirlas a la UPJ. Añadió que la política de recuperación del espacio público desconoce las normas, pues pararse en una esquina no es trabajo sexual y la conducción a la UPJ debe ser la última medida a tomar por el Estado.

Insistió en que el trabajo sexual es legal y sucede o se perfecciona con el pago de la retribución económica. Subrayó que las explicaciones de la MEBOG acerca del operativo no señalan cómo llegaron a la conclusión de que dichas mujeres eran trabajadoras sexuales, por lo tanto se trató de una presunción ilegal, pues corresponde a un trato diferenciado con fundamento en la apariencia física.

Por último, presentó un juicio de proporcionalidad acerca de la actuación de la Policía para concluir que ésta no lo supera. Así, indicó que la medida tiene la finalidad de mantener el espacio público libre de invasión indebida y prevenir la criminalidad, los que se consideran fines legítimos, pero se fundan en presunciones. Así mismo, concluyó que la medida no es idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto y solicitan que se protejan los derechos fundamentales de las tutelantes.

En un cuarto escrito [56] , PARCES adjuntó dos denuncias con fecha 16 de septiembre de 2016 de dos trabajadoras sexuales, en situación de discapacidad cognitiva y auditiva respectivamente, por violencia policial en la Plaza de la Mariposa [57] , una copia de una proforma de un acta contravencional de compromiso de " no ejercer la prostitución fuera de las zonas de tolerancia " [58] ni hacer exhibicionismo, y la dirección electrónica de un enlace a " videos del 20 de enero " [59] .

4.6. La Defensoría del Pueblo intervino para sostener que la detención y traslado de las mujeres a la UPJ de Puente Aranda fue un hecho discriminatorio, por fundamentarse en el prejuicio de la Policía Nacional respecto a las trabajadoras sexuales lo cual vulneró los derechos fundamentales de las mujeres y desconoce el deber de especial protección constitucional de estos sujetos.

Solicitó el trámite de la tutela, por ser éste el medio idóneo para la protección de los derechos de las tutelantes. En consecuencia, la protección de los derechos al trabajo, al mínimo vital, a la libertad individual, a la dignidad, a la libre

circulación y a la igualdad y que se ordene a la Policía y a la Alcaldía una serie de medidas para la protección de estas personas, así como un exhorto al Congreso para la reglamentación del trabajo sexual y el seguimiento del cumplimiento de las anteriores órdenes a cargo de la Defensoría.

Explicó que el argumento de la Policía para justificar la detención y el traslado a la UPJ–ejercer trabajo sexual durante el día- no tiene fundamento legal, pues el trabajo sexual no es ilegal ni de día ni de noche. En cambio anotó que la afirmación de la Policía revela prejuicios frente al trabajo sexual. De este modo da cuenta de nuevas situaciones de detención a trabajadores sexuales.

De otra parte, manifestó la necesidad de que se reglamente el trabajo sexual en Colombia y que este caso es la oportunidad para que la Corte precise su postura frente a la interpretación del trabajo sexual en el país y delimite las facultades de la Policía cuando efectúan operativos que ponen en riesgo los derechos de los trabajadores sexuales. Así pues, subrayó que si bien la Corte Constitucional ha cambiado el enfoque acerca del trabajo sexual, subsiste un " reconocimiento parcial del carácter laboral del trabajo sexual que también da cuenta de las condiciones de extrema necesidad que llevan a las personas a ejercerlo, así como la vulnerabilidad a la que son sometidas en dicha actividad " [60] lo cual hace necesaria la reglamentación del trabajo sexual como medida de protección para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

En un segundo escrito, la Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales respondió a las preguntas formuladas por la Sala [61] . En primer lugar, hizo referencia a las conversaciones que la entidad ha sostenido con las partes. Así, señaló que el 21 de septiembre del 2016 se llevó a cabo una reunión en la sede de la organización PARCES en la que participaron, además del Ministerio Público, las lideresas de las trabajadoras sexuales de la Plaza de la Mariposa y funcionarios de las Secretarías Distritales de la Mujer y de Gobierno.

Según la entidad, el objetivo de dicha reunión fue la de "hacer seguimiento al incremento de denuncias de violación a los derechos humanos de las trabajadoras sexuales en la Plaza de la Mariposa en el barrio San Victorino de Bogotá" [62] . En la misma, la entidad señaló que "las voceras de las trabajadoras sexuales denunció (sic) constante hostigamiento y abusos por parte de la Policía Nacional en contra de estas, PARCES describió la situación que dio origen a la tutela objeto de revisión, la Defensoría compartió sus actuaciones en la misma, y los representantes de las Entidades del Distrito recordaron las facultades que tienen para la recuperación del espacio público y las medidas con las que cuentan para los hechos de violencia, como la ruta de trabajo de la Avenida Primera de Mayo y la Mesa de Policía de DDHH" [63] .

También, indicó que se concertó " la realización de una jornada donde se presentaría la oferta institucional de la Alcaldía Mayor a las personas que ejercen el trabajo sexual " [64] .

Por otro lado, la Defensora Delegada manifestó que se registró la denuncia presentada en noticias Caracol sobre "el presunto abuso de autoridad de un agente de Policía en contra de una mujer transgénero que al aparecer, también es trabajadora sexual, el 9 de febrero de 2016 en el sector de la Primera de Mayo con Avenida 68" [65] .

Así mismo, advirtió que la dependencia que dirige tuvo conocimiento que el 9 de agosto la Policía detuvo a una mujer en la zona y la desplazó a un lugar no determinado. Con todo, señaló que con el fin de conocer la situación de las personas involucradas en estos hechos, el 27 de agosto de 2016, remitió un cuestionario a la Policía Metropolitana de Bogotá [66] .

En su escrito anexó la respuesta del Comandante de la Estación de Policía de la Localidad de Santa Fe en la que dice que no podía ofrecer información precisa sobre las denuncias ya que no se habían suministrado los nombres de las personas objeto de los presuntos atropellos. En el mismo oficio, ante la pregunta del Ministerio Público acerca de la forma como la Policía determina que una persona es trabajadora sexual, manifestó que "de acuerdo a la labor que realizan las

patrullas de los cuadrantes, han encontrado varios lugares en los que se han estado ubicando mujeres con el fin de ejercer su labor como trabajadores sexuales, esto, a razón de las quejas de ciudadanos, casos de Policía que se presentan con ellas donde clientes ponen en conocimiento el hurto a sus pertenencias, riñas entre ellas mismas por el sector (sic) ” [67] . Por último, la Policía indicó que no ha adelantado ningún proceso de verificación de las denuncias realizadas con respecto a los hechos que dieron origen a la tutela que ahora se revisa.

Por otra parte, la Defensoría adjuntó un oficio del 28 de septiembre de 2016 suscrito por el jefe de asuntos jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá. En el mismo, el representante de la entidad explicó que por los hechos ocurridos el 9 de febrero de 2016 se inició un proceso disciplinario contra ocho agentes pero que, toda vez que las víctimas no aportaron pruebas dentro del proceso, la investigación fue archivada el 19 de septiembre de 2016 [68] .

De la misma manera, la entidad señaló que procedió a realizar una jornada de sensibilización entre los Policías involucrados y el día 20 del mismo mes se realizó una visita de acompañamiento en coordinación con la Defensoría del Pueblo, la Secretaría de Gobierno y el Instituto Distrital para la Participación y Acción Comunal [69] .

Para concluir, la Policía señaló que “efectivamente en esa fecha fueron conducidas a la UPJ varias mujeres que ejercían la prostitución en ese sector de la ciudad” sin embargo, a diferencia de lo que manifestó la organización PARCES, el Ministerio Público sí estuvo presente en el operativo y el 5 de febrero del 2016, en el marco de una reunión de coordinación, “la representante de la Asociación Nacional de Mujeres buscando libertad y representante legal del Sindicado Nacional de Mujeres que se reconocen como trabajadores sexuales en Colombia (afirmó) que la ONG PARCES, no las representa legalmente ni tiene ningún tipo de vínculo con ellas” [70] .

4.7. El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS [71] intervino para opinar que las acciones llevadas a cabo por los agentes de la Policía constituyeron un abuso de autoridad que desencadenó la violación de los derechos al trabajo, a la igualdad, a la integridad personal, a un trato digno, al debido proceso a la libre circulación y a la propiedad de las tutelantes.

PAIIS sostuvo que el criterio usado por los agentes de Policía para justificar el uso de la fuerza en contra de las trabajadoras sexuales se basó en prejuicios que a su vez se fundamentan en nociones morales sobre lo prescrito y lo permitido. Adicionalmente, afirmó que dicha actuación va en contra del reconocimiento jurisprudencial del trabajo sexual consentido como una actividad económica lícita basada en una decisión libre, digna y autónoma en virtud del derecho a escoger libremente su modo de trabajo.

Solicitó que se tutelen los derechos de las accionantes y se ordene a la Alcaldía de Bogotá, al Ministerio del Trabajo y a la Policía Nacional que adopten diversas medidas para mostrar que el trabajo sexual es un trabajo digno y que los hechos que dieron lugar a la acción constituyeron un abuso de la fuerza de Policía.

4.8. Elementa Consultoría en Derechos intervino con el objetivo de presentar un enfoque de interseccionalidad para el análisis de las violaciones de los derechos humanos que viven las mujeres en la Plaza de la Mariposa. Así, afirmó que en el presente caso se dio un abuso policial que refleja el estigma social e institucional contra las trabajadoras sexuales bajo las lógicas de la recuperación del espacio público que atenta contra el derecho a la igualdad.

En la intervención planteó la interseccionalidad como una herramienta de análisis a partir de las diferentes dimensiones de una situación de discriminación como el sexo, la raza y la condición socioeconómica, entre otros. Sostuvo que como en el caso se trata de trabajadoras sexuales y mujeres en condiciones económicas precarias éste se debe abordar desde la interseccionalidad del género, la situación socioeconómica y la marginalidad de la profesión u oficio de las demandantes.

En relación con la política de recuperación del espacio público, señaló que de 1,622 trabajadores sexuales atendidos por la Secretaría de la Mujer, a 1° de septiembre de 2014, 1,135 son mujeres. De este grupo, el 60,8% ha sufrido violencia

física en el oficio, 27,4% abuso sexual y 21% abuso policial. El 0,5% son adolescentes entre 14 y 17 años, el 44% son jóvenes entre 18 y 26 años y el 58,5% consume sustancias psicoactivas. No obstante, las cifras de la Secretaría de la Mujer, indican que la Secretaría de Integración Social ha contabilizado 14.306 personas que ejercen trabajo sexual en 19 de las 20 localidades de Bogotá.

En segundo lugar, se refirió al estigma social que reviste el trabajo sexual y a que la discriminación legal que ha sufrido este grupo, además de lo planteado en la sentencia T-736 de 2015, se da por el modelo prohibicionista que ha impulsado históricamente la intervención de la fuerza pública contra las trabajadoras sexuales. Argumentó que lo anterior se revela en la postura de las primeras sentencias de esta Corte y en el Código de Policía, en donde se trata el trabajo sexual como indeseable. En su criterio, la discriminación social y legal entorno al trabajo sexual se refleja en las acciones del Estado mediante un estigma institucional o estructural que viola el derecho a la igualdad cuando se materializa en el abuso policial, lo cual tiene como consecuencia la segregación socio espacial.

De otra parte, señaló que las políticas de recuperación del espacio público son acordes con la Constitución pero no pueden adelantarse sin tener en cuenta las realidades de los sujetos vulnerables que ocupan esos espacios promoviendo un discurso discriminatorio hacia ellos. Sobre este aspecto, referenció varios estudios sobre las intervenciones en los espacios públicos y la relación entre los habitantes de la calle y los órganos de seguridad cuando se enfoca desde una perspectiva de “limpieza” de la zona. Luego, resaltó que las trabajadoras sexuales y la población vulnerable deben tener la posibilidad de participar del uso y de la construcción del espacio público.

Finalmente, indicó que en el caso concreto se violó el derecho a la igualdad porque el trato de los agentes de Policía surgió a partir de preconceptos y prejuicios sociales y legales sobre el ejercicio de la prostitución. Al respecto, subrayó que cuando la administración tome medidas que de alguna forma impacten a un grupo discriminado debe aplicar la presunción de discriminación basada en criterios sospechosos de trato desigual y la administración tiene la carga de desvirtuarla.

4.9. El proyecto de Litigio de Alto Impacto del Centro de Derechos Humanos y Derechos Humanitario de American University intervino para aportar información acerca de la relación entre los estereotipos de género y la detención arbitraria como violación del derecho a la igualdad, de acuerdo con los estándares internacionales, y la potencial violación del derecho internacional por la actuación policial [72] .

Sostuvo que generalmente los casos de detención de mujeres por comercio sexual no cumplen con los estándares establecidos por la Corte IDH y después de mencionarlos afirma que la posible razón es que la única evidencia que se tiene es el aspecto físico y el contexto social en el que se encuentran las personas perseguidas, lo cual responde a un estereotipo de género y es discriminación.

En cuanto al caso particular, argumentó que al momento de la detención las tutelantes no habían cometido ningún delito y sugiere que la motivación de la detención “ parece ser la percepción de que no solo no hay sanción para los excesos policiales en contra de la población vulnerable de mujeres que se perciben como trabajadoras sexuales sino que están ejerciendo una labor de “limpieza social” al llevárselas detenidas ” [73] .

Afirmó que la Corte IDH ha señalado que para que una detención cumpla con los requisitos del artículo 7 de la Convención Americana deben existir “ indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso ” [74] y en el caso no hay ninguna relación entre la desarticulación de los grupos delictivos con la detención del grupo de mujeres ni tampoco estaban realizando exhibiciones obscenas. A su juicio, la motivación de la Policía se basó “ en la subjetividad y prevalencia de atribuciones sociales y culturales que enmarcan cómo se deben vestir las mujeres en qué lugares deben estar, qué ocupaciones deben realizar o cómo deben desarrollar su sexualidad ” [75] .

Por último, señaló que las obligaciones internacionales establecen el derecho de las mujeres trabajadoras sexuales a vivir una vida libre de violencia y que la detención de mujeres con base en su apariencia y su género constituye un estereotipo que es discriminatorio y contrario a las normas y estándares internacionales.

4.10. DEJUSTICIA [76] intervino para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de las tutelantes, pues en su concepto la Policía las detuvo arbitrariamente. En primer lugar , para el interviniente, las decisiones de instancia obviaron que la solicitud de las accionantes busca evitar una nueva vulneración de sus derechos por parte de una autoridad pública y por lo tanto la acción de tutela es procedente.

En segundo lugar , planteó que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos una detención es arbitraria cuando se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los previstos en la ley, o en atención a una norma cuyo objetivo fundamental es incompatible con el respeto del derecho de los individuos a la libertad y a la seguridad personales.

Después de analizar la figura de la conducción y la aplicabilidad de los parámetros constitucionales sobre la retención transitoria, concluyó el incumplimiento en el caso sobre, al menos, tres de esos parámetros: (i) la finalidad, en tanto la conducción de las tutelantes a la UPJ no tuvo un carácter preventivo, sino sancionatorio; (ii) la aptitud del lugar para la protección, pues “ la UPJ a la que fueron conducidas las mujeres de la Plaza de la Mariposa, no es un lugar que este brindando las condiciones necesarias para ser considerado como un lugar de protección y no de sanción ” [77] ;

y (iii) la retención como última ratio porque además de incumplir con los requisitos de necesidad, urgencia e idoneidad de la medida para la protección de la persona o de terceros, no se descartaron otras medidas que pudieran “ conjurar el riesgo existente ” [78] como “ la amonestación en público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana; la expulsión de sitio público o abierto al público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana; la asistencia a programas pedagógicos de convivencia ciudadana y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana; entre otras ” [79] . Además, tampoco se intentó llevarlas a su domicilio, como dispone la norma.

En tercer lugar , DEJUSTICIA insistió en los deberes que impone el derecho a la igualdad, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los trabajadores sexuales y aportó información sobre la caracterización de quienes ejercen la prostitución en Bogotá. En su criterio de esta información se desprende la presunción de que el trabajo sexual proviene de situaciones de vulnerabilidad, pues “ el ejercicio de la prostitución suele estar asociado a malos tratos a carencias afectivas al analfabetismo al fenómeno del desplazamiento, a graves necesidades económicas a la usencia de respaldo social o familiar ” [80] .

Adicionalmente, según el informe de la Cámara de Comercio “ las principales razones que dieron las mujeres en situación de prostitución para decidir ingresar a este oficio tenían que ver con la carencia de ingresos, la violencia en el hogar, la falta de capacitación para otros trabajos y las necesidades básicas insatisfechas ” [81] .

En suma, para DEJUSTICIA “ las mujeres jóvenes son la población que mayoritariamente se encuentra vinculada al ejercicio de la prostitución, y […] esas mujeres tienden a vivir en condiciones de pobreza o precariedad económica, reforzadas por los bajos niveles de escolaridad y, en muchos casos, por su papel como madres cabeza de hogar ” [82] .

Concluyó que la policía adelanta prácticas discriminatorias con fundamento en prejuicios y estigmas que “ han conllevado a la aplicación de figuras jurídicas como la conducción por fuera de los límites constitucionales ” como una forma de castigo por haber encontrado una serie de características relacionadas con la prostitución.

Finalmente, solicitó: (i) el amparo de los derechos a la libertad individual, a la dignidad, a la libre circulación y a la igualdad de Esperanza y Abril y las otras mujeres que fueron conducidas a la UPJ de Puente Aranda el 20 de enero de 2016; y en consecuencia ordenar (ii) a la Policía Nacional emitir una directiva interna con el acompañamiento de la

Defensoría del Pueblo y la participación de representantes de los trabajadores sexuales que “ propenda para que en los operativos de recuperación del espacio público, las personas que ejercen la prostitución no sean conducidas a las Unidades Permanentes de Justicia o detenidas por el hecho de realizar dicha actividad, ni sean sujetas a violencia o discriminación ” [83] ;

(iii) a la Defensoría del Pueblo realizar un diagnóstico sobre el “ funcionamiento y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas que son conducidas o retenidas de manera transitoria en las Unidades Permanentes de Justicia ” [84] ; y (iv) a la Defensoría del Pueblo dar seguimiento a las órdenes que se impartan en esta decisión y a la situación de los trabajadores sexuales “ con el fin de aportar un diagnostico que sirva como base a las iniciativas legislativas en la materia ”.

II. CONSIDERACIONES Competencia 1. Corresponde a la Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional analizar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico 2. Las tutelantes sostienen que la Policía Metropolitana de Bogotá y la Alcaldía Mayor de Bogotá violaron sus derechos a la libre circulación, al trabajo, a la integridad personal, al debido proceso, a no ser discriminadas por su dedicación laboral y a estar libres de violencia, debido a que la Policía las detuvo de forma arbitraria, las agredió física y verbalmente, destruyó sus pertenencias y las llevó a la UPJ bajo la excusa de que estaban en alto grado de exaltación, cuando en realidad su detención se dio por ser trabajadoras sexuales. Todo lo anterior, en el contexto de un operativo de recuperación del espacio público ordenado por la Alcaldía.

Aseguran que los hechos se dan en un contexto sistemático de violencia policial en contra de las trabajadoras sexuales que se encuentran en la Plaza de la Mariposa en Bogotá, en el cual constantemente son detenidas en el CAI de la zona, amenazadas con ser trasladadas a la UPJ si no pagan una suma de dinero que varía, agredidas física y verbalmente y se les obstaculiza su trabajo al “ahuyentarles” los clientes generando rumores de que son VIH positivas.

3. La Policía afirma que en ningún momento ha violado los derechos fundamentales de las tutelantes y que la conducción se dio en el marco de las facultades que les permiten retirar a las personas que ocupan espacios públicos recuperados como la zona de La Mariposa, en el contexto de la política pública que en ese sentido se ejecuta. Adicionalmente, aporta los registros e informes de la medida adoptada y que ahora se reprueba, mediante los cuales se verifica que su fundamento fue la alta exaltación de las accionantes y que siguieron todos los protocolos y las normas vigentes. Igualmente, dijo que siempre se respetaron los derechos de las tutelantes y que sí hubo presencia del Ministerio Público en la UPJ.

Enfatiza que siguen los lineamientos sentados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a los procedimientos de Policía alrededor de la invasión del espacio público y los vendedores ambulantes, en desarrollo de su deber de mantener el orden y la seguridad. A su vez, explica que a raíz del incidente ha sostenido diferentes reuniones con la Secretaría Distrital de la Mujer y representantes de la sociedad civil, con el objetivo de esclarecer los hechos y llegar a acuerdos.

Por otro lado, sostiene que la acción de tutela es improcedente, pues el mecanismo para controvertir actos administrativos dictados para la recuperación del espacio público debe tramitarse en otra jurisdicción y no se acreditó un perjuicio irremediable. Igualmente, manifestó que la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el permiso para usar el espacio público.

La Alcaldía de Bogotá alega falta de legitimación por pasiva, pues considera que las acciones que dieron lugar a los hechos no son de su competencia. Explica que ninguna de las entidades distritales ha desplegado actuaciones con trabajadoras sexuales, específicamente bajo la obligación de mantener el espacio público. Sin embargo, dice que la

Alcaldía Local de Santa Fe sí ha intervenido en la zona, pero no directamente con la población que ejerce trabajo sexual, sino mediante operativos que buscan verificar que en los establecimientos de comercio no tenga lugar la prostitución ya que no está permitida en la zona.

Adicionalmente, afirma que no es necesario llevar a cabo actos sexuales en el espacio público para comprometerlo y cualquiera de las actividades de la cadena del trabajo sexual comprende un uso indebido del espacio para el goce colectivo. Además, por el tipo de servicios que se promocionan maximiza el riesgo de atraer el consumo de menores de edad, quienes merecen una especial protección constitucional. Durante el trámite, también alegó que la acción es improcedente pues tiene como objetivo intereses económicos y políticos.

La Personería de Bogotá indica que tampoco ha violado ningún derecho fundamental y presenta los registros que evidencian que existió presencia del Ministerio Público en la UPJ durante la detención. En el mismo sentido, el Ministerio del Trabajo solicita su desvinculación ya que no ha existido ninguna relación laboral con las tutelantes y no ha violado ninguno de sus derechos. La Procuraduría sostiene que no existe legitimación en la causa por pasiva, porque la Vista Fiscal no es la causante del daño o perjuicio a los derechos fundamentales que las demandantes consideran vulnerados.

La Defensoría del Pueblo opina que la acción de tutela es procedente y es el medio idóneo para proteger los derechos de las accionantes. A su vez, afirma que la detención y traslado de las mujeres a la UPJ fue un acto discriminatorio que se basó en el prejuicio de la Policía sobre las trabajadoras sexuales y violó sus derechos fundamentales. Específicamente, plantea que el fundamento que la Policía alegó para detenerlas -ejercer trabajo sexual durante el día- no es ilegal y revela los prejuicios sobre ese tipo de labor. Añade que es necesario que el trabajo sexual se reglamente y que la Corte debe delimitar las facultades de la Policía cuando efectúe operativos que ponen en riesgo los derechos de las trabajadoras sexuales.

La ONG PARCES aporta diferentes elementos de contexto para afirmar que se trata de un caso de violencia policial sistemático en contra de las trabajadoras sexuales del área.

Señala que la tutela es procedente en tanto que es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de las accionantes. A su vez, sostiene que en esta oportunidad la Policía violó los derechos fundamentales de Esperanza y Abril mediante la detención arbitraria con fundamento en una presunción sobre su ejercicio del trabajo sexual. Adicionalmente, afirma que no puede considerarse que los actos preparatorios al trabajo sexual sean equivalentes al mismo y que éste no sucede en espacios públicos.

PAIIS asevera que las acciones de los agentes fueron discriminatorias porque se fundamentan en prejuicios. Elementa solicita que se aborde el caso desde una perspectiva de interseccionalidad del género, que implique el análisis de la situación socioeconómica y la marginalidad del oficio. El PLAI de American University aporta un análisis acerca de los estereotipos de género y la detención arbitraria desde los estándares internacionales y argumenta que en el caso se violaron los derechos de todas las mujeres detenidas a no ser discriminadas y a estar libres de violencia, entre otros.

4. Antes de abordar los asuntos de fondo es necesario establecer la procedibilidad de la acción de tutela. De superar dicho análisis se procederá a plantear el problema jurídico y la metodología de resolución.

La procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia [85] . Legitimación en la causa por activa 5. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo [86] . Esta Corporación ha manifestado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, y como tal pretende proteger los derechos fundamentales de las personas por encima de los requisitos procesales, de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución [87] . Como tal, esta figura es un mecanismo

idóneo para lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños y las personas de avanzada edad.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de legitimación del demandante, " se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante " [88] de las personas que no pueden hacerlo por sí mismas. No obstante, también ha indicado los siguientes elementos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales;

(iii) la informalidad de la agencia, pues ésta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; y (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso [89] .

6. En el presente caso la acción es interpuesta por Esperanza y Abril quienes afirman hacerlo a su nombre y no expresan actuar como agentes oficiosas de terceros. Respecto de su solicitud personal, no hay duda acerca de su legitimación. No obstante, en sus peticiones (c) y (d) solicitan que la Policía Metropolitana de Bogotá pida perdón público a las 15 mujeres y dentro de los tres meses siguientes a la sentencia que resuelva la tutela las repare tanto en los daños económicos como sociales y psicológicos por haberlas expuesto al escarnio público.

7. El juez de primera instancia consideró que, a pesar de que se habían realizado peticiones que cobijaban a las 15 mujeres, la acción sólo había sido firmada por las tutelantes, por lo que el estudio se circunscribía solo a ellas, pues no se había acreditado que actuaran como agentes oficiosas, ni la justificación para ello. Por lo tanto, no se cumplía con los requisitos que la jurisprudencia ha planteado para la figura.

8. La Sala coincide con el criterio del juez de primera instancia. Si bien las tutelantes hacen peticiones que cobijan a las otras mujeres que estuvieron presentes en los hechos, éstas no indican expresamente que actúan en su nombre o representación o que exista una justificación que les impida a las mismas hacer uso de la acción de tutela. En esa medida, no es posible suplantar la voluntad de las otras 13 mujeres quienes no han promovido la presente acción. Por lo anterior, esta decisión se limita a pronunciarse sobre los casos concretos de las accionantes.

Legitimación en la causa por pasiva 9. La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada [90] .

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares.

10. En el caso sub judice la acción se dirige en contra del Ministerio de Defensa, el Ministerio del Trabajo, la Policía Metropolitana de Bogotá, la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Personería de Bogotá y la Procuraduría General de la Nación, todas autoridades públicas que de acuerdo con lo planteado por las accionantes tienen responsabilidad por los hechos.

Independientemente de si las entidades accionadas tienen o no responsabilidad por la alegada vulneración de los derechos de las accionantes éstas son autoridades públicas. Por lo tanto, no se cuestiona la legitimidad por pasiva.

Subsidiariedad 11. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo " preferente y sumario " para la protección de los derechos fundamentales de las personas en Colombia. No obstante, esta norma constitucional y el Decreto 2591 de 1991 [91] , establecen que la tutela solamente procede cuando " el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ". Así, la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario y excepcional que tiene el objetivo de proteger derechos fundamentales, y cuya procedencia está sujeta al agotamiento de los recursos procesales, ordinarios y extraordinarios [92] , así como al principio de inmediatez.

Esta Corporación ha señalado que la Constitución y la ley han creado una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido dispuestos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados. Es decir, dicho desconocimiento atentaría contra los mandatos de la Carta Política que regulan los medios de protección de derechos dentro de cada una de las jurisdicciones [93] .

12. Tal y como ha sido reiterado en diferentes ocasiones, los principios de inmediatez y subsidiariedad que rigen la acción de tutela, deben analizarse en cada caso en concreto. En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

(i) Que a pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable , caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio ; y (ii) Que si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.

Adicionalmente, cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, pero no menos riguroso [94] .

13. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial, no simplemente formal, y sin olvidar que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. De encontrar la falta de idoneidad, la acción puede proceder de forma definitiva.

Ahora bien, en caso de encontrar que el mecanismo es idóneo, es preciso verificar si se está ante la inminencia de que ocurra un perjuicio irremediable, que haga procedente la protección [95] .

14. La Constitución [96] y el Decreto 2591de 1991 [97] han dispuesto que en los casos en que existan otros medios de defensa judicial idóneos la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Como complemento, el artículo 8º del mismo Decreto Ley establece que cuando se está ante esta situación, la orden del juez de tutela sólo estará vigente durante el “ término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado ”. Es decir que, el peligro de que ocurra el perjuicio irremediable habilita la procedencia de la acción de tutela generalmente de forma transitoria.

15. La Corte Constitucional ha identificado las características necesarias para determinar la existencia de un perjuicio irremediable que supere el requisito de subsidiariedad, a saber:

(i) que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes;

(iii) que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iv) que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de postergarse, se corra el riesgo de que ésta sea ineficaz por inoportuna [98] .

En síntesis, el perjuicio irremediable hace referencia a un “ grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables ” [99] .

En el caso concreto no existen mecanismos idóneos o eficaces para proteger los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela 16. Tanto la Policía Metropolitana como la Alcaldía Mayor de Bogotá señalan que la acción de tutela es improcedente ya que no es el mecanismo idóneo para reclamar la reparación de perjuicios, cuestionar actos administrativos que determinan un espacio público como zona de recuperación, ni para solicitar permiso para ocupar un espacio de esa naturaleza.

17. El juez de primera instancia determinó que la acción no era el mecanismo procedente para el reclamo de " indemnizaciones y resarcimientos por perjuicios económicos, sociales y morales sin que se haya acreditado la configuración de un perjuicio irremediable " [100] .

Por su parte, el juez de segunda instancia reiteró lo anterior y precisó que el mecanismo idóneo y efectivo era el medio de control de reparación directa.

18. La Sala comparte parcialmente dicha posición, en tanto es cierto que la tutela no procede para el reclamo de asuntos económicos, como sucede en el caso. No obstante, ese acercamiento excluye una mirada integral de los hechos presentados. Como lo advierten las decisiones de instancia, el reclamo de daños antijurídicos perpetrados por acciones u omisiones de agentes estatales habilitan la interposición del medio de control de reparación directa, como el medio idóneo y eficaz para ese tipo de reclamos [101] .

En este caso, es cierto que las tutelantes solicitan la indemnización y la reparación integral por los daños que surgieron a raíz de la detención y traslado a la UPJ, en la que afirman que agentes de la Policía las violentaron física y verbalmente, dañaron su propiedad y les causaron perjuicios al prevenirlas del ejercicio legítimo de su derecho al trabajo. Por lo tanto, una parte de su solicitud radica en establecer la responsabilidad del Estado para que sean indemnizadas por actos y omisiones de sus agentes.

También es cierto que no logran acreditar un perjuicio irremediable frente a esos reclamos específicos. Es decir, no alegan, ni aportan pruebas que apunten a demostrar que el perjuicio, - frente a la reparación - sea inminente, que requiera de medidas urgentes para prevenir un daño. Es decir, que la falta de reparación sea grave, comprometa un derecho fundamental y que la acción sea impostergable por el riesgo de que la misma sea ineficaz. Todo lo anterior, en relación con el fundamento de la reparación directa es decir, con el contenido económico de los reclamos .

19. Cabe enfatizar que lo anterior no implica desconocer que las tutelantes son sujetos de especial protección constitucional toda vez que integran un grupo de personas marginadas como las trabajadoras sexuales y además porque se encuentran en una situación de vulnerabilidad por su situación socioeconómica. Es evidente, que de los hechos expuestos se puede concluir que las tutelantes, tienen responsabilidades como madres cabeza de familia, una como madre de una niña que se encuentra en situación de discapacidad y la otra, como consta en los registros presentados por la Alcaldía, como madre de dos niñas. Adicionalmente, se verifica que su labor en el espectro del trabajo sexual se encuentra en el nivel menor remunerado del mismo, que muy posiblemente no llegue al salario mínimo legal mensual. Lo anterior, por cuanto aducen que el tiempo en el que estuvieron detenidas equivale a $15,000 o $20,000 lo que hace la diferencia para ellas " entre dormir o no en la calle ".

Por lo tanto, aun cuando se verifica que las accionantes son sujetos de especial protección constitucional por encontrarse en una situación de vulnerabilidad la acción de tutela no es procedente frente a pretensiones económicas ni se acredita un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Luego, le asiste razón a los jueces de instancia que consideraron que la acción de tutela no es el medio para tramitar esas pretensiones, por lo tanto la decisión de segunda instancia será confirmada parcialmente.

20. A pesar de las anteriores consideraciones, como lo argumentaron las accionantes en su impugnación, lo reitera la Defensoría y diferentes intervinientes, ese análisis se limita a una de las pretensiones en la acción : la solicitud del

reconocimiento de una indemnización por la aplicación de una medida administrativa policiva que consideran violatoria de sus derechos fundamentales.

21. Como se advierte de los hechos, las accionantes buscan la protección de sus derechos fundamentales a la integridad personal, al trabajo, al mínimo vital, a la libre circulación, a estar libres de violencia y a la igualdad a partir de su detención y traslado a la UPJ la cual alegan que fue violenta, discriminatoria y sin fundamento, pero también en el contexto de violencia policial sistemática frente a la cual se sienten en constante amenaza. Luego, su reclamo principal es la protección de esos derechos, no la reparación económica por la retención administrativa .

En la sentencia T-301 de 2004 , la Corte también analizó la procedibilidad de una tutela interpuesta para proteger derechos fundamentales en la aplicación de medidas administrativas policivas dirigidas a retener a un hombre con fundamento en su orientación sexual. La Corte consideró que la acción de tutela era procedente y que la queja disciplinaria por indebido comportamiento de un funcionario podía ser concurrente. Lo anterior, puesto que " se indaga la posible vulneración de derechos fundamentales cometida por un funcionario público y, en ese sentido, lo que es igual, por un representante del Estado. En la segunda se indaga por la comisión de infracciones de manera personal por parte de los mismos trabajadores.

En suma, las dos pueden intentarse al mismo tiempo y ello no torna improcedente la acción de tutela " [102] . De otra parte, las pretensiones de las accionantes tampoco buscan cuestionar, como lo argumenta la Alcaldía, el acto administrativo que definió la zona de la Plaza de la Mariposa como de recuperación del espacio público ni un permiso especial para ocupar ese espacio, como una suerte de vendedoras ambulantes con autorización para vender en una zona. Todo lo contrario, las accionantes han enfatizado que no son vendedoras ambulantes, sino que la naturaleza de su trabajo hace que esperen en una zona de la ciudad mientras concretan sus transacciones por vía telefónica y se encuentren en un lugar público con sus clientes, pero que su actividad laboral la hacen en espacios privados. Por lo tanto, alegaron la violación de sus derechos por la detención y traslado a la UPJ, pero también porque las acciones de la Policía, bajo la política pública de la alcaldía, les impide circular libremente por la ciudad, específicamente en la Plaza de la Mariposa.

22. Bajo esa perspectiva, no existe otro mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las accionantes supuestamente vulnerados, diferente a la acción de tutela, como un mecanismo que busca la protección de los derechos fundamentales de las personas, en este caso los derechos a la libertad personal, a la libre circulación y a la no discriminación. En este sentido, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para buscar la protección de los anteriores derechos. Más aún cuando se alega una circunstancia de amenaza a los derechos fundamentales por una situación sistemática de indebido uso de la fuerza de policía, que a su parecer, busca excluir a un grupo de personas del espacio público. Luego, le compete al juez constitucional analizar los hechos y verificar si efectivamente se vulneran o amenazan los derechos fundamentales de las accionantes. Así, la acción de tutela es procedente. Al verificar la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala pasa a plantear el problema jurídico de fondo.

Problema jurídico 23. La Sala encuentra que el problema jurídico que debe resolver es ¿si la detención y conducción a la UPJ de las tutelantes en la Plaza de la Mariposa violó sus derechos a la libertad de circulación, a la libertad personal y a la no discriminación y si esa acción puede hacer parte de una política de recuperación del espacio público que amenaza esos mismos derechos? Para resolver el problema planteado se abordarán los siguientes puntos como marco constitucional aplicable al caso: (i) el derecho a la libertad personal; (ii) el derecho a la libre circulación; (iii) las trabajadoras sexuales y los derechos a la igualdad y a la dignidad; (iv) la prohibición de discriminación en razón de la apariencia y derecho a la dignidad, para finalmente resolver el (v) caso concreto.

El derecho a la libertad personal 24. La libertad, como la igualdad y la dignidad, es un valor, un principio y muchas de sus manifestaciones tienen un carácter de derecho fundamental en la Constitución de 1991. Así, el preámbulo de la

Constitución la señala como un valor superior y el artículo 2 instituye a las autoridades para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido un principio de libertad que autoriza a las personas a hacer todo lo que no esté prohibido o que no esté subordinado a condiciones específicas. Correlativamente, éste se extiende a la facultad de las personas de tomar decisiones que determinen el curso de su vida y es el presupuesto fundamental del ejercicio de los derechos fundamentales.

Como derecho, varias disposiciones de la Carta Superior le reconocen a la libertad personal un carácter fundamental en diferentes manifestaciones como el libre desarrollo de la personalidad (art.

16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20) y la prohibición de condena penal sin juicio (art. 28), el cual se pasa a explicar.

Las garantías del derecho a la libertad personal y sus limitaciones legítimas 25. El artículo 28 de la Constitución protege una de las manifestaciones del principio general de libertad: la libertad personal, física o corporal y establece que todas las personas son libres y nadie puede ser molestado en su persona o familia y sujeta cualquier restricción a: (i) la reserva judicial; (ii) el respeto de las formalidades legales; y (iii) la existencia de un motivo previamente definido en la ley, es decir, al cumplimiento del debido proceso. En cuanto a la prisión preventiva, establece un término máximo de 36 horas para ser llevado ante un juez para que adopte la decisión correspondiente en los términos de la ley. Los artículos 7 de la Convención Americana [103] y 9 del PIDCP [104] también reconocen el derecho.

En efecto, este derecho protege tanto la libertad personal como la inviolabilidad del domicilio. En cuanto a la primera, debe entenderse que se trata de la ausencia de aprehensión, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. La segunda, se refiere al respeto por el lugar de habitación de las personas [105] . Estas garantías son esenciales para el ejercicio de todas los demás derechos y libertades. Igualmente, de este artículo se desprende que solo las autoridades judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad.

26. En atención a las reglas constitucionales que rigen el derecho a la libertad personal, la Corte ha declarado inconstitucionales las medidas de restricción de la libertad cuando no son impuestas por autoridades judiciales [106] .

Así, expulsó del ordenamiento jurídico una norma que autorizaba a los comandantes de estación de Policía a imponer medidas sancionatorias por irrespeto a los comandos o cuando una norma era muy general y no especificaba que la privación de libertad debía precederse de autorización judicial escrita [107] .

27. Entonces, como regla general las limitaciones a la libertad personal de carácter sancionatorio se encuentran sujetas a unas condiciones específicas de reserva judicial [108] y a una doble reserva legal frente a las formalidades que debe seguir la limitación del derecho y a los motivos que permiten esa restricción. No obstante, la Constitución señala excepciones a la reserva judicial, a saber: (i) la flagrancia (Art. 32 C.P.), que a su vez requiere que la persona sea puesta a disposición de las autoridades judiciales; y (ii) las capturas de la Fiscalía con los límites y en los eventos señalados por la ley (Art. 250 C.P [109]).

28. Cabe aclarar que en un primer momento la jurisprudencia de esta Corte consideró la detención administrativa preventiva como una excepción a la reserva judicial.

Así lo estableció en la sentencia C-024 de 1994 [110] al examinar la constitucionalidad de distintas disposiciones del Código Nacional de Policía que facultaban a las autoridades de Policía a realizar capturas sin autorización judicial. Este Tribunal consideró que lo establecido en el inciso segundo del artículo 28 C.P., “ constituía una excepción a la regla que exigía el mandamiento de autoridad judicial competente en materia de libertad personal ” diferente a la flagrancia [111] .

Así pues, se admitió dicha figura [112] y se dijo que ésta tenía como objetivo aprehender a una persona sobre la cual se considerara que probablemente estaba vinculada a actividades criminales [113] , luego buscaba verificar la ocurrencia de delitos o la identidad de la persona [114] y estaba sujeta a criterios objetivos, fundados y a que la misma fuera necesaria.

Sin embargo, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de establecer que la autoridad judicial es la facultada “para privar legítima y válidamente la libertad de las personas ” [115] , lo cual se aparta de la interpretación que se le dio inicialmente al inciso segundo del artículo 28, puesto que ya no se entiende que la captura administrativa es una excepción a la reserva judicial diferente de la flagrancia [116] y por el contrario se dejó en claro que las dos únicas maneras de privar de la libertad a una persona son la flagrancia y la orden de autoridad judicial competente . Esa aproximación en cuanto a la reserva judicial para la detención de carácter sancionatorio se mantiene [117] .

No obstante, cabe anotar que este Tribunal recientemente no se ha pronunciado sobre la aplicación de la detención administrativa preventiva en los términos que regulaba el artículo 71 del antiguo Código Nacional de Policía (CNP) revisado en la sentencia C-024 de 1994 .

De otra parte, la tecnología ha avanzado en el sentido de que la verificación de la identidad o antecedentes de una persona es una cuestión que se puede hacer en el mismo momento en que se solicita la identificación, a diferencia de lo que sucedía hace 20 años. En aquella época existían casos en que se retenía a las personas por varias horas hasta efectivamente verificar su identidad o antecedentes. Luego, en la actualidad no es claro que pueda aplicarse la detención de la persona con fines de identificación, salvo que existan situaciones de excepción que lo justifiquen 29.

De otra parte, la jurisprudencia ha considerado que la retención administrativa es una medida de protección y no una sanción restrictiva de la libertad personal [118] , por lo cual escapa a la reserva judicial.

Esta figura estaba contemplada, por ejemplo, en los artículos 186.8, 192 y 207 del antiguo Código Nacional de Policía [119] cuya constitucionalidad fue revisada en las sentencias C-199 de 1998 y C-720 de 2007 .

30. La sentencia C-199 de 1998 resolvió declarar la exequibilidad de los incisos 2 y 3 del artículo 207 del antiguo CNP que facultaban a la Policía retener transitoriamente: (i) “ al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio ”; y (ii) “ al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal ”. En esa oportunidad, la Corte estableció que dichas medidas eran constitucionales, siempre que tuvieran un carácter preventivo y de protección en el marco de los principios de última ratio, proporcionalidad y estricta legalidad [120] .

31. En la sentencia C-720 de 2007, la Corte revisó la constitucionalidad de los artículos 186.8, 192 y 207 del antiguo CNP. Esta Corporación determinó que la finalidad de las anteriores medidas, esto es la protección de los derechos propios y de terceros, era constitucionalmente imperiosa [121] . Sin embargo, estableció que la retención en una estación de Policía restringía otros derechos fundamentales, ya que no llevaba efectivamente a la atención necesaria que una persona en los estados mencionados necesita y se llevaba a cabo en condiciones de completa indefensión de la persona ya que: (i) la autoridad no tenía que motivar la medida; (ii) la persona no tenía derecho a ser informada de las razones de la retención; (iii) no existía notificación inmediata a terceras personas; (iv) la persona no tenía derecho a ser informada de las garantías que la amparaban; (v) no se reconocía el derecho a comunicarse de forma inmediata con una persona que lo asistiera o lo defendiera; (vi) no existían garantías para evitar la incomunicación; (vii) no se reconocía el derecho a permanecer en silencio para evitar interrogatorios o declaraciones que pudieran auto implicarla; (viii) no se establecían mecanismos que impidieran una duración irrazonable o desproporcionada de la medida, pues se aplicaba a discreción del comandante de Policía, siempre que no excediera 24 horas y (viii) al final la persona se veía compelida a firmar un documento en el cual declaraba su entera satisfacción por el trato recibido Igualmente, consideró que la medida no era necesaria, ya que existían otras medidas menos lesivas para los derechos.

Por último, consideró que tampoco era proporcionada en estricto sentido ya que como estaba diseñada conllevaba a un daño constitucional mayor al beneficio que efectivamente lograba. Por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad diferida de los artículos 192 y 207 del antiguo Código Nacional de Policía hasta el 2008.

No obstante, declaró exequible el artículo 189 " pues la medida de la retención transitoria regulada de manera diferente a la forma como se regula en el actual Código y siempre que incorpore la totalidad de las garantías constitucionales puede resultar ajustada a la Constitución " [122] . A pesar de lo anterior, en el numeral cuarto de la decisión determinó las condiciones en las cuales se podría aplicar la retención hasta tanto el congreso regulara la materia [123] .

32. Recientemente, en la sentencia C-329 de 2016 [124] , la Corte reiteró la legitimidad de la retención administrativa de carácter preventivo en los términos de la sentencia C-720 de 2007 . En este fallo declaró inexequible el aparte de una norma del Código Electoral [125] que permitía al presidente del jurado de votación ordenar a las personas que en cualquier forma estuvieren perturbando los comicios su retención en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones, después de solicitarles su retiro. En la decisión se estableció que la medida se asimilaba a la retención transitoria y que podía entreverse un objetivo preventivo. No obstante, esta Corporación consideró que la misma era desproporcionada ya que aun cuando perseguía un fin imperioso (garantizar el derecho a la participación política), era adecuada y efectivamente conducente, era innecesaria (i) por las circunstancias en que se ordenaba, y (ii) por el tiempo que duraba el confinamiento. Además, era desproporcionada en sentido estricto ya que las formas más graves e intensas de perturbación al ejercicio del derecho están cubiertas por la flagrancia frente a una intervención drástica a la libertad personal, como es la detención.

33. En suma, la Constitución de 1991 reconoce el derecho a la libertad personal en su artículo 28 y bajo los parámetros del mismo permite su limitación legítima mediante la retención administrativa o conducción como una excepción a la reserva judicial cuando tenga un carácter preventivo para proteger los derechos de terceros o a la propia persona y se sujete estrictamente a las garantías del debido proceso, al principio de proporcionalidad y no tenga fundamento en motivos discriminatorios.

El derecho a la libertad de locomoción 34. El artículo 24 de la Constitución protege el derecho a la libertad de locomoción desde dos acepciones, de una parte se trata del derecho a movilizarse dentro del territorio y a salir de él, especialmente por las vías y el espacio público [126] y, de otra parte, el derecho a residenciarse y permanecer en Colombia. No obstante, la misma norma constitucional consagra que no se trata de un derecho absoluto y que puede ser limitado por la ley.

35. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido el derecho a la libre circulación como un derecho fundamental que además es un presupuesto para ejercer otros derechos como la educación, el trabajo y la salud [127] .

Así, este derecho protege principalmente la libre elección de las personas para movilizarse y transitar por los lugares que deseen, en atención a las limitaciones de la propiedad privada y especialmente en el espacio público.

36. De acuerdo con los tratados de derechos humanos que reconocen el derecho, como la Convención Americana de Derechos Humanos [128] y el Pacto Internacional de Derechos Humanos [129] , su restricción es legítima cuando ha sido prevista en la ley, es necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y es compatible con los demás derechos fundamentales [130] .

En esta línea, la jurisprudencia constitucional ha determinado que, por ejemplo, una limitación puede ser necesaria por motivos de orden público o de planeación urbana u rural, culturales o para proteger zonas de reserva natural [131] .

37. Bajo estos parámetros, este Tribunal ha establecido que el cierre de una vía pública sin una justificación legal o constitucionalmente válida puede comprometer el derecho [132] , así como la denegación del paso por un predio cuya

naturaleza pública o privada no es clara y frente al que existía una servidumbre de hecho que permitía a una comunidad indígena acceder a bienes básicos [133] .

También ha dicho que existen circunstancias en que se limita el derecho indebidamente de forma indirecta, como consecuencia de ciertas actividades legítimas [134] .

38. Igualmente, ha determinado que las restricciones a este derecho deben ser razonables, proporcionadas, es decir, no pueden ser arbitrarias [135] , ni discriminatorias. Por ejemplo, la Corte encontró que era arbitraria la denegación de la tarjeta de circulación para el ingreso de unos funcionarios públicos al Archipiélago de San Andrés [136] ;

mientras que encontró proporcionada y justificada la restricción de vehículos de transporte público por el alto flujo de tráfico en Bogotá [137] .

39. Es importante resaltar la sentencia T-301 de 2004 [138] en donde la Corte amparó los derechos a la igualdad, a libertad de locomoción y a la libertad personal, entre otros, cuando una autoridad administrativa utilizó como criterio de diferenciación y de aplicación de medidas policivas - en atención de su deber de salvaguarda de la moral pública -, la orientación sexual de un grupo de ciudadanos. En la decisión, se estudió el caso de un hombre a quien por su orientación sexual la Policía constantemente le advertía que no podía estar un sector de la ciudad de Santa Marta. Después de varios meses de solicitudes, que incluso se hicieron mediante un megáfono a él y a sus amigos cuando caminaban por la vía pública, varios Policías llegaron a la Bahía de Santa Marta donde, después de hostigarlo, lo condujeron a la estación de Policía y lo retuvieron por un par de horas. Esta Corporación determinó que la discriminación se configuraba cuando “ las autoridades administrativas, amparadas en sus facultades legales, aplican criterios de diferenciación evidentemente irrazonables resguardados en un supuesto manto de legalidad, cuyo efecto es la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ”. Así, aplicó un juicio de proporcionalidad estricto en el que encontró que la exclusión de ciertos lugares públicos y la detención administrativa preventiva con fundamento en la orientación sexual no perseguían un fin legítimo constitucionalmente ya que no se evidenciaba cómo esto resguardaba la moral pública. La medida tampoco era necesaria, adecuada ni proporcionada en sentido estricto.

40. La jurisprudencia también ha determinado que del derecho a la libre circulación no sólo se derivan obligaciones negativas de abstención para el Estado, sino también existe una dimensión positiva, por ejemplo en los casos de transporte público en los que las autoridades están en la obligación de proveerlo y además de garantizar que éste sea accesible a personas en situación de discapacidad [139] , en especial en cuanto al diseño de políticas públicas para su acceso es una garantía de otros derechos [140] .

Así mismo se protege en el caso de personas en situación de discapacidad y la accesibilidad en centros comerciales, como un presupuesto de la garantía de igualdad [141] .

41. En suma, el derecho a la libre circulación: (i) es un derecho fundamental como una manifestación del derecho de libertad general con dimensiones negativas y positivas; (ii) comprende la posibilidad de desplazarse y transitar dentro y fuera del territorio nacional y de fijar la residencia dentro del territorio en donde se desee; (iii) como regla general, en el espacio público no existen restricciones al derecho, a menos de que estén plenamente justificadas, y en los espacios privados se aplica una restricción primae facie , no obstante se debe tener en cuenta la función social del artículo 58, como en los casos de las servidumbres; (iv) en ciertos casos puede ser una condición para el goce de otros derechos fundamentales; y (v) no es un derecho absoluto y puede ser limitado legalmente dentro de parámetros objetivos que respondan a los criterios establecidos en los instrumentos internacionales y las normas nacionales, tales como el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y los derechos y libertades de los demás, todo ello con sujeción a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación.

42. Después de haber reiterado el contenido de los derechos a la libertad personal y a la libre locomoción y las condiciones en que es legítimo limitarlos es necesario referirse a los trabajadores sexuales y el derecho a la igualdad.

Los trabajadores sexuales, la igualdad y la dignidad 43. La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones precisas:

La primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material , mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta " por su condición económica, física o mental ". La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

44. Como se reconoció en las sentencias T-629 de 2010 [142] y T-736 de 2015 [143] los trabajadores sexuales son un grupo marginado y discriminado lo cual los sitúa en una condición de debilidad manifiesta que merece una especial protección constitucional. A esa conclusión llegó la última decisión después de identificar el contexto social, político, económico y legal del grupo para verificar que su situación en todos esos ámbitos era la consecuencia de una selección y una omisión de exclusión que los situaba en una circunstancia de inferioridad o subordinación en la sociedad. Dada la relevancia de esas consideraciones se reiteran a continuación in extenso .

45. Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material. Es necesario enfatizar que existe una diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así como de contextos de vulnerabilidad socioeconómica, y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros . Las conductas de explotación sexual, trata de personas, inducción a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores de edad, demanda de explotación sexual comercial de niños, niñas o adolescentes, pornografía con menores de 18 años, turismo sexual, prostitución de menores de 18 años y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, se encuentran penalizadas en Colombia, con el objetivo legítimo y deseable de suprimir y perseguir estas actividades ilegales y vulneratorias de derechos humanos [144] .

La penalización de estas conductas es coherente con diversos tratados de derecho internacional [145] y con Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas [146] , que han establecido obligaciones para los Estados consistentes en proteger a las personas de la trata y explotación, fenómenos que vulneran la dignidad de las personas, la libertad y la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otros derechos fundamentales.

46. En contraste el trabajo sexual lícito, es decir, la prostitución por cuenta propia o por cuenta ajena -a partir del ejercicio de la voluntad libre y razonada, y la actividad comercial de las casas de prostitución-, no se encuentran penalizadas en Colombia [147] .

Sin embargo, la prostitución es una actividad que reviste de estigma y prejuicios a las personas que la ejercen por voluntad, lo cual tiene el efecto de la discriminación. Esta discriminación tiene dos fuentes principales, una social y otra legal. La social, surge del trato y lugar que la sociedad le ha dado a la prostitución lícita, la cual es tolerada, pero al mismo tiempo es provista como indigna e indeseada. La jurisprudencia ha llegado a definir la prostitución como una actividad que va en contra de la dignidad humana, incluso cuando se presenta en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y ha circunscrito su trato, en un principio, exclusivamente a asignar deberes para el Estado de rehabilitar y disminuir sus efectos nocivos. Cabe resaltar que, al determinar la obligación de rehabilitación hacia las

personas que ejercen el trabajo sexual estas son estigmatizadas como personas enfermas, o que requieren regresar a su estado anterior.

La prostitución es definida como “ la prestación de un servicio sexual por el cual se recibe una retribución económica y cuyo intercambio permite una `negociación y ejercicio de servicios sexuales remunerados ´.” [148] La valoración moral de la actividad, ha partido del reproche social a las relaciones sexuales en las que no medie un compromiso afectivo, no se tenga el objetivo de la reproducción, y en las que se dé una contraprestación económica, sin importar si hay voluntad en dicha transacción [149] .

Históricamente, la prostitución ha tenido una cara visiblemente más femenina, pues son las mujeres que ejercen la prostitución, quienes han sido excluidas de la sociedad, por ejercer una actividad irregular y vergonzosa. Entonces, el trato hacia quienes ejercen esta actividad se ha fundamentado en conceptos de inferioridad y subordinación. No obstante, sólo a las mujeres, o a la parte activa del trabajo sexual, se le ha reprochado de esa forma, no a quien busca o compra los servicios.

En este sentido, los estereotipos negativos pueden ser fundamento de la discriminación o marginación de grupos. La asignación de estereotipos responde muchas veces a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, y generan una desventaja que tiene un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen con unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo [150] .

Ahora bien, la atribución de características o visiones generalizadas hacia un grupo como estereotipos, pueden constituir prejuicios, que a su vez generan discriminación, más cuando constituyen omisiones en el ejercicio de la autoridad o marcan el razonamiento de la intervención del Estado. Estas prácticas contribuyen a la subordinación del grupo en la sociedad, y hacen a las personas que lo componen invisibles para el Estado, quien está obligado a proteger sus derechos como seres humanos.

Tal y como se evidencia en la jurisprudencia de esta Corporación, la evaluación moral de la prostitución se ha desprendido de un patrón de valoración cultural que ha tendido a menospreciar a quienes ejercen tal actividad. Este acercamiento, que responde a estereotipos negativos, ha generado una visión de un menor valor hacia estas personas, a partir de la estigmatización.

En efecto, este Tribunal en su jurisprudencia [151] ha recogido algunos de los pronunciamientos de diferentes foros sobre prostitución en Bogotá que dan cuenta de la desprotección histórica de los trabajadores sexuales en relación con sus condiciones laborales, y de los estereotipos que conlleva su oficio, los pone en situación de discriminación y los hace vulnerables a ser víctimas de violencia, por ejemplo: i) considerar que estas personas nunca pueden sufrir violencia sexual; y ii) no pueden ser buenas madres o padres [152] .

47. En suma, es claro que la prostitución ha estado revestida de estereotipos como que las personas que la ejercen, no son dignas, no son morales, y que su medio de subsistencia debe ser excluido de la sociedad para invisibilizar realidades indeseables, pues van en contra del valor de la familia tradicional, el matrimonio y la monogamia. Así, el rechazo que genera la prostitución ha sido enfocado a la vergüenza por el uso del cuerpo y del sexo como medio de subsistencia y generación de ingresos, pero también parte de una asignación de roles tradicionales donde se presumía que los hombres no podían ser reprochados por acceder a servicios sexuales, pues ellos no podían controlar sus impulsos, mientras que las mujeres sí eran objeto de censura, por lo que el reproche se dirigía hacia la prostituta, no al cliente ni a la prostitución.

Estos estereotipos alrededor del ejercicio del trabajo sexual han contribuido de forma determinante a la exclusión y marginación de los trabajadores sexuales.

Por lo tanto, la determinación de la actividad sexual como excluida del reconocimiento de la actividad laboral y de su protección en razón a estereotipos, ha generado una discriminación para los trabajadores sexuales, que perpetúa las bases de su desigualdad en la sociedad.

4 8. La segunda fuente de discriminación, la legal, se encuentra en la omisión del Estado de regular el trabajo sexual lícito de forma específica, para reconocerlo bajo la protección del derecho al trabajo. En general, la prostitución y la actividad económica de las casas de lenocinio han sido reguladas mediante i) normas urbanísticas de uso del suelo, que determinan las zonas de tolerancia las cuales son incompatibles con las zonas residenciales e instituciones educativas [153] ;

y ii) regulaciones generales de Policía, que tienen el objeto de proteger la salud pública. No obstante, si bien estas actividades están permitidas y han sido reguladas en los aspectos mencionados, también existe un claro deber para el Estado Colombiano de prevenir la prostitución, disminuir sus efectos nocivos y en los términos del antiguo Código Nacional de Policía (aún vigente) “ facilitar la rehabilitación de la persona prostituida ” [154] .

El Código también determinaba la facultad de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales de reglamentar la actividad [155] . El nuevo Código Nacional de Policía, Ley 1801 de 2016, que entra en vigencia a partir de enero de 2017, se aparta de la visión rehabilitadora y reconoce que “ las personas en situación de prostitución 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 ” [156] ;

impone el deber para los establecimientos donde se ejerce la prostitución de “ tratar dignamente a las personas que ejercen la prostitución, evitar su discriminación o rechazo y la violación de sus derechos a la libre movilización y al desarrollo de la personalidad ”, entre otras obligaciones relacionadas con la salud pública y la disminución de los efectos nocivos de la actividad. Cabe resaltar que prohíbe “ actos sexuales o exhibicionistas en la vía pública o en lugares expuestos a esta ” y el ejercicio del trabajo sexual por fuera de las zonas que lo permiten, las cuales no pueden estar alrededor de ningún tipo de centro de salud, educativo o religioso [157] .

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha mantenido su posición de considerar que existen deberes del Estado de reducir los efectos nocivos de la prostitución, pero ha evolucionado al desprenderse de la visión de la prostitución como una actividad indigna, para establecer la protección del derecho al trabajo en el ejercicio del oficio sexual lícito por cuenta propia o ajena, a partir de la determinación de las personas que realizan esta actividad como sujetos de especial protección constitucional [158] .

49. Así pues, en la sentencia T-629 de 2010 la Corte sentó el primer precedente en el que se brinda protección laboral al trabajo sexual lícito, por cuenta ajena. En la providencia acertadamente se determinó que la falta de protección laboral excluye a los trabajadores sexuales del acceso a la justicia, y los priva aún más del goce efectivo de derechos fundamentales.

A pesar de los cambios introducidos por la mencionada decisión y por la sentencia T-736 de 2015 las conclusiones de la última, en cuanto al marco legal y jurisprudencial, siguen vigentes y evidencian que: i) el ordenamiento jurídico penaliza toda forma de prostitución forzada, inducida o ligada a la explotación económica, que se repite no es el trabajo sexual voluntario; ii) la prostitución, como trabajo sexual lícito, está a sujeta a la regulación de normas de Policía que buscan proteger la salubridad y el cuidado propio; y iii) hay un vacío legal en la regulación del oficio sexual bajo la protección del derecho al trabajo y de los establecimientos de comercio sexual como actividad económica lícita.

Este panorama muestra que la omisión de regulación planteada, tanto para el trabajo sexual ejercido por cuenta propia, como por cuenta ajena –a partir de la voluntad libre y razonada-, ha tenido como efecto la exclusión de este grupo de las garantías laborales. Por lo tanto, las personas que ejercen la prostitución en cualquiera de sus modalidades lícitas, no tienen acceso a la protección de los derechos a la salud, y a la seguridad social, situación que perpetúa su exclusión. Si bien el deber del Estado respecto de la eliminación de los efectos nocivos de la prostitución es legítimo y deseable, este único acercamiento a la misma ha dejado desprotegidas a las personas que ejercen la actividad, al ser despojadas de todo trato jurídico que proteja las condiciones laborales [159] .

Cabe reiterar de nuevo que la falta de protección laboral a los trabajadores sexuales contribuye a perpetuar el contexto de exclusión en el que se encuentran. El reconocimiento de los trabajadores sexuales como personas discriminadas y la protección de sus derechos al trabajo, a la dignidad, a la salud y a las prestaciones sociales contribuyen a romper los ciclos de violencia en los que algunos de ellos deben ejercer el trabajo sexual.

50. Así pues, las autoridades deben tener en cuenta que el trabajo sexual lícito es una forma de subsistencia que aunque debe estar sujeta a las garantías laborales, no se desarrolla como cualquier trabajo, por las complejidades que se desprenden tanto de la actividad en sí misma, como del contexto en el que ésta se da, que en la mayoría de los casos parte de condiciones de vulnerabilidad por el estatus socioeconómico de quien la ejerce. Las particularidades mencionadas ameritan que se dé una especial protección constitucional a favor de quienes desempeñan el trabajo sexual, que se materializa en la adopción de acciones afirmativas que contribuyan a combatir el estigma del que son objeto, y garanticen que este grupo esté en igualdad de dignidad y derechos.

51. Por otra parte, la naturaleza del trabajo sexual expone a las personas que lo ejercen a diferentes riesgos. Algunos de estos son la violencia, las enfermedades de transmisión sexual (como el VIH), los embarazos no deseados, el maltrato sicológico, y la exposición a las drogas y al alcohol. Estos factores, revisten la actividad de una complejidad que contribuye a la situación de vulnerabilidad de quienes la ejercen, e impone deberes de prevención, trato y atención, no sólo a cargo del Estado, sino también del establecimiento comercial, cuando el trabajo sexual se da por cuenta ajena.

52. 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 [160] .

Adicionalmente, el estigma que se desprende de la actividad no es compartido por todos los que participan, sino que lo soportan los trabajadores sexuales, quienes además asumen la mayoría de los riesgos. Tanto el estigma como los riesgos son mayores cuando el trabajo sexual se ejerce en las escalas más bajas de la actividad económica. En este sentido, las zonas de tolerancia marcan una estratificación del trabajo sexual pues la ubicación geográfica es determinante para el valor de los servicios que se prestan. Así, en las zonas de tolerancia, el tipo de trabajo sexual que se da es el que se encuentra en los niveles más bajos en la escala de la actividad económica, por cuenta propia o por cuenta ajena [161] .

53. En conclusión, los trabajadores sexuales reúnen las características para ser identificados como un grupo discriminado y marginado en razón a su actividad, que merece una especial protección constitucional. En efecto, se trata de un grupo social, que tiene una identidad como tal, pues quienes ejercen el trabajo sexual se reconocen como parte de esa actividad, y su estatus en la sociedad se marca a partir de esa identificación.

Las referencias al trato que se le ha dado al trabajo sexual por el derecho dan cuenta de la desprotección legal en la que se encuentra el grupo. Entonces, el trato dado por el derecho y los estereotipos que informan la actividad los ha puesto en una posición inferior a los demás en la sociedad, que ha partido del acercamiento a dicha actividad como indigna, y en esa medida ha asignado al Estado el único deber con las personas que la practican de conseguir su rehabilitación.

La omisión de regulación del trabajo sexual lícito ha invisibilizado a las personas que lo ejercen, al desconocer su actividad, el cual no es protegido por el derecho al trabajo, a pesar de que se da con el pleno ejercicio de la autonomía. Estas condiciones marginan a las personas que ejercen el trabajo sexual y limitan su posibilidad de disfrutar de otros derechos fundamentales, particularmente del derecho a la igualdad. El reconocimiento de la protección del derecho al trabajo es fundamental como una medida de especial protección constitucional, y reviste obligaciones para el Estado.

Prohibición de discriminación en razón de la apariencia y derecho a la dignidad 54. Es importante resaltar dos elementos centrales de la prohibición de discriminación a trabajadores sexuales: la discriminación por la forma de vestir y el trato indigno como fuente de violencia. Estos dos aspectos son causa estructural de la pertenencia de estas personas a un grupo marginado y a su vez consecuencia de los estereotipos que marcan el trabajo sexual. Luego, la obligación del Estado de proteger a las prostitutas de este tipo de discriminación, que encuentra su fundamento en los principios, valores y derechos a la igualdad y a la dignidad, se acentúa en razón de su categoría de sujetos de especial protección constitucional.

La protección constitucional contra la discriminación en razón de la apariencia 55. En numerosas oportunidades, esta Corporación ha conocido casos de discriminación donde el criterio para excluir a una persona del ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad se ha construido a partir de estereotipos asociados a su apariencia , en particular a su forma de vestir . Es decir, expresiones en el cuerpo como adornos o la ropa que lleva un individuo generan una concepción particular sobre ella y pueden ser un criterio ilegítimo para limitar el goce de derechos fundamentales.

Por ejemplo, la jurisprudencia ha determinado que impedir que una persona atienda una institución educativa vestida del sexo opuesto, es discriminación por orientación sexual o por identidad de género y está prohibida por la Constitución. Igualmente, ha dicho que excluir de las aulas educativas a personas con base en su aspecto, como pueden ser el color del pelo, el uso de aretes o una forma particular de indumentaria que se aleja de los roles o imágenes tradicionales, también va en contravía de la Constitución.

56. En efecto, en la sentencia T-562 de 2013 [162] la Corte Constitucional conoció el caso de una estudiante transgénero que, aunque mantenía el aspecto de un hombre, iba al colegio con el uniforme asignado para las mujeres. Ante esto, las autoridades de la institución devolvieron a la menor de edad a su casa y le advirtieron a sus padres que en el futuro debía asistir al plantel educativo con el uniforme masculino. En dicha ocasión, este Tribunal consideró que la vivencia personal de cada individuo se materializa a través de varias expresiones, una de ellas su forma de vestir, por lo que cualquier limitación injustificada a la misma constituye un acto que afecta su dignidad y además viola otros derechos.

57. Por otro lado, la sentencia T-804 de 2014 [163] resolvió una tutela presentada por una estudiante transgénero que aparentemente no fue admitida para cursar el grado once en un colegio por su forma de vestir. Aunque en esa decisión la Sala de Revisión no logró corroborar que tal circunstancia fuera cierta, sí señaló que frente a casos de discriminación, la regla general en materia de pruebas indica que el sujeto pasivo de la misma debe demostrar que hace parte de un grupo históricamente discriminado y que en una situación similar otras personas que no forman parte de éste han recibido un trato diferente .

La providencia también aclaró que, en ciertos casos, quien alega la vulneración de sus derechos se encuentra en una posición de debilidad o subordinación frente a la persona (u autoridad pública) de quien proviene el trato discriminatorio. En estos eventos, entonces, el deber probatorio de la supuesta víctima se atenúa y el juez tiene una carga mayor frente al despliegue de la actividad probatoria.

58. Ahora bien, recientemente la Corte, en la sentencia T-141 de 2015 [164] , analizó la petición de amparo formulada por un joven afrodescendiente, trans y homosexual que adelantaba estudios universitarios de medicina y cuya vivencia de la identidad de género transitaba entre su identidad masculina y femenina , la cual se expresaba a través de la

transformación de vestimenta. Una de las denuncias del accionante era la censura y las restricciones, en el ámbito educativo, por la manera en que exteriorizaba su identidad sexual y de género.

El fallo resaltó que las decisiones respecto a la indumentaria y demás aspectos relacionados con la apariencia física construyen la imagen que expresa la identidad, están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y hacen parte del derecho a que las decisiones relativas a la identidad de género sean reconocidas y respetadas por los demás. También, determinó la especial protección constitucional del tutelante ante la persistencia de patrones culturales que censuran esas manifestaciones, según la cual toda medida que tienda a coartar o limitar la forma en que las personas manifiestan su identidad está sometida a un juicio estricto de proporcionalidad.

Además, en dicha sentencia, el Tribunal recordó que existen unos deberes positivos, en cabeza de las autoridades, de adoptar medidas que fomenten la libre expresión de las identidades en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales, culturales y, en general, en todos los espacios de la vida social, para así transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de grupos tradicionalmente discriminados . Con base en lo anterior, se analizaron las prohibiciones impuestas al accionante respecto a su vestimenta y se concluyó que no perseguían un fin constitucional imperioso y comportaban un " sacrificio gratuito" del derecho del accionante a reafirmar y expresar su identidad.

59. Por último, en la sentencia T-363 de 2016 [165] , esta Sala de Revisión conoció el caso de un estudiante trans del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) a quien se le negó utilizar el uniforme masculino pese a que se identifica con dicho género. En la sentencia, la Corte concluyó que toda restricción a la manifestación pública de una persona, incluida su forma de vestir, desconoce la cláusula general de igualdad, al fundarse en criterios asociados a estereotipos particulares que resultan nocivos para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

60. De la misma manera, la Corte ha conocido otros casos donde la forma de vestir o la apariencia han sido asociadas a cierto comportamiento peligroso o inmoral, lo cual ha servido de fundamento para coartar derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-030 de 2004 [166] la Corte analizó el caso de una persona que no fue admitida por el INPEC a un curso de dragoneante por tener un tatuaje en el brazo. El Tribunal, determinó que considerar a un candidato con un tatuaje, o incluso con cicatrices por el retiro de los mismos, como no apto para el servicio penitenciario y carcelario es manifiestamente inconstitucional, por cuanto lesiona gravemente los derechos fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen, pues es una prohibición irrazonable y desproporcionada.

61. Por otro lado, en la sentencia T-789 de 2013 [167] este Tribunal estudió el caso de un estudiante de 12 años de edad que fue amonestado por su colegio por el hecho de tener el pelo largo. En este caso, la Corporación concluyó que la actuación del colegio era contraria a la Constitución por afectar el libre desarrollo de la personalidad, al someter a la persona a constantes presiones dirigidas a invadir su autonomía y a imponerle una apariencia física contraria a aquella que estaba dispuesta a exteriorizar.

62. Recientemente, en la sentencia T-349 de 2016 [168] , esta Corporación analizó el amparo invocado por la madre de una menor de edad que fue reprendida por las directivas y profesores de su colegio por tener el cabello tinturado al estilo "californiano" . En esa oportunidad, la Corte amparó el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del adolescente al determinar que las acciones de las autoridades educativas fueron excluyentes y restrictivas, en la medida en que le imponían a la alumna un patrón estético que atenta contra sus derechos a la personalidad, a la identidad y a la intimidad. En consecuencia, señaló que la forma como las personas exterioricen su apariencia debe ser respetada, pues se trata de un elemento definitorio de la personalidad que se debe ser garantizado en todos los ámbitos de la vida.

63. Estas consideraciones también se extienden a los casos en los cuales se juzga a las mujeres por su vestimenta con un impacto en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esto es, por ejemplo, aquellas situaciones en las que se asocia el

que una mujer lleve un atuendo, como una falda muy corta o un escote, con que ésta pueda ser tratada como un objeto y exista un “permiso” para agresiones verbales, físicas o sexuales, bajo el supuesto de que ella es la culpable de esa situación por vestir de esa manera. En esos casos, el fundamento de la violación de derechos se desprende del estereotipo de que esa forma de vestir corresponde a la de una prostituta, o que las “mujeres decentes” no se visten de ese modo. Por lo tanto, esas mujeres no merecen respeto, ni tienen agencia. En este sentido, cierta forma de vestir se asocia con las trabajadoras sexuales, lo cual, bajo la lógica histórica y discriminatoria del desvalor que se le ha asignado a estas personas por su dedicación, puede desencadenar maltrato, discriminación y la violación de derechos fundamentales.

64. En conclusión , las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha desarrollado en casos de discriminación por apariencia física, en particular por la forma de vestir, se pueden resumir de la siguiente manera: (i) son inconstitucionales las acciones que se fundamentan en la asociación de estereotipos con manifestaciones y expresiones corporales públicas de los ciudadanos, por constituir criterios discriminatorios; (ii) en estos eventos, la carga de la prueba se atenúa con respecto a quien alega la discriminación, por lo que el juez constitucional está obligado a desplegar una copiosa actividad probatoria con el fin de determinar si se trata de un caso de discriminación ;

y (iii) cualquier prohibición o sanción asociada a la manifestación pública de la vivencia personal de los individuos debe ser sometida a un juicio estricto de proporcionalidad, para determinar si la misma busca un fin constitucional imperioso e impone una limitación adecuada, necesaria y razonable del derecho.

La actuación policiva con fundamentos discriminatorios en el derecho comparado 65. De otra parte, también resultan relevantes las reglas alrededor de la actuación policiva con fundamentos discriminatorios. En general, en el derecho comparado este tipo de actuación se ha denominado perfilamiento . Veamos algunos ejemplos.

A. Estados Unidos 66. Debido a las profundas tensiones raciales en este país, el sistema judicial ha tenido que afrontar varios casos relacionados con el perfilamiento de minorías étnicas por parte de la Policía. Así, por ejemplo, en el caso Winston v. Salt Lake City Police Department, et. al.

[169] un grupo de ciudadanos presentó una demanda colectiva contra el Departamento de Policía de la ciudad de Salt Lake después de que oficiales adscritos al mismo detuvieron en el 2010 a varios estudiantes afroamericanos, latinos y asiáticos en una supuesta redada contra pandillas de la ciudad.

Durante el mencionado operativo, los agentes agruparon a estos estudiantes y los obligaron a sostener carteles con insignias propias de las pandillas a las que en teoría pertenecían. Luego, dicha información fue anexada a una base de datos policial lo que hacía que estas personas quedaran expuestas a un escrutinio policial sin necesidad de una orden judicial. En este caso, a instancias de la Corte Federal que conoció el caso, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio donde, además de reconocerle un pago indemnizatorio a los estudiantes y sus familiares, el Departamento de Policía de la ciudad de Salt Lake se comprometió a: (i) no realizar nuevos operativos basados en el perfilamiento de estudiantes que los asocien a grupos criminales por su origen étnico;

(ii) eliminar cualquier registro criminal de los estudiantes involucrados en el operativo; y (iii) ofrecer un curso de formación para los agentes de policía sobre el desarrollo de los adolescentes en el ámbito educativo y la resolución de conflictos en el mismo.

67. Por otro lado, en el caso Floyd, et. al v. City of New York [170] un grupo de ciudadanos demandó a las autoridades policiales de la ciudad de Nueva York, incluido al alcalde de la misma, por la práctica conocida como “detención y requisa” (stop-and-frisk) que consistía en la detención por parte de la policía contra cualquier ciudadano con el fin de requisarlo y determinar si portaba elementos peligrosos o ilegales. En la demanda, se argumentó que detrás de este tipo de actuaciones se escondía un perfilamiento velado, pues la mayoría de personas detenidas eran parte de una minoría étnica determinada. Así, en una decisión de 12 de agosto de 2013, la Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró que

la “detención y requisa” violaba la Constitución en razón de que se probó que detrás de esta práctica existía un patrón sistemático de discriminación basado en la apariencia física o la procedencia étnica de las personas. En razón a la anterior decisión, la Corte le ordenó a la ciudad de Nueva York implementar medidas conducentes a desmantelar el stop-and-frisk por lo que comisionó a un relator especial para que se ocupara de vigilar las acciones implementadas con ese fin por las autoridades administrativas y policiales.

68. A su vez, recientemente la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso Utah v. Strieff [171] , conoció el caso de Joseph Strieff Jr., un ciudadano afroamericano que fue detenido por un detective de la policía para conducir un interrogatorio en medio de una operación antidroga. Durante la requisa el policía descubrió que contra el señor Strieff existía una orden de captura vigente por lo que procedió a su detención.

Después, se realizó un allanamiento en la casa del demandante con orden judicial donde se encontró metanfetamina. La Corte Suprema de Utah consideró que la evidencia encontrada en la casa del señor Strieff era nula toda vez que fue producto del perfilamiento que llevó a su detención inicial por parte de la policía. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia revocó esa decisión el 20 de junio de 2016 y señaló que el vínculo entre una conducta inconstitucional como el perfilamiento y la evidencia encontrada se atenúa por la falta de una conducta abusiva de la policía y un acervo probatorio que indica con claridad que se cometió una conducta delictiva. Sin embargo, el salvamento de voto de las juezas Ginsburg, Sotomayor y Kagan señaló que la protección constitucional contra el perfilamiento busca prevenir conductas abusivas por parte de las autoridades policivas y que éstos puedan explotar vacíos legales a partir de prejuicios raciales o de conducta que tengan hacia un sector específico de la población.

B. Israel 69. La Corte Suprema de ese país, conoció el caso The Association for Civil Rights in Israel v. Ministry of Transport [172] donde se denunciaba la práctica de perfilamiento que la Policía de Israel aplicaba en el Aeropuerto de Tel Aviv contra los pasajeros árabes, lo que llevaba a que éstos fueron sometidos a requisas más rigurosas o demoras injustificadas a partir de su apariencia.

Así, el 11 de marzo de 2015, la Corte decidió inhibirse de pronunciarse frente a la supuesta práctica discriminatoria pero señaló que el debate público generado por el caso contribuyó a disminuir una clara carga que existía en cabeza de los ciudadanos árabes al momento de someterse a los controles de seguridad por parte de las autoridades aeroportuarias israelís.

C. Tribunal Europeo de Derecho Humanos 70. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado un estándar de protección contra las detenciones arbitrarias a partir de la aplicación del artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos [173] .

Así, por ejemplo, en el caso Gillan y Quinton c. Reino Unido [174] la Corte conoció el caso de dos personas que fueron sometidas a una requisa por parte de la policía británica bajo la ley de terrorismo del país que dispone que los oficiales de la policía pueden ordenar requisas indiscriminadas con el objetivo de prevenir actos terroristas. Bajo la norma, cualquier persona que no se sometiera a dicha detención podía enfrentar multas o penas de prisión. Así, los demandantes señalaron que dicha política vulneraba la Convención. Aunque la Corte determinó que la detención de los dos accionantes no fue desproporcionada, sí llegó a la conclusión de que durante la misma hubo un claro elemento de coerción que eliminó cualquiera garantía de libertad de movimiento. Así, el Tribunal señaló que en casos de abusos de autoridad policial es necesario examinar la existencia de un elemento coercitivo como parte de una práctica sistemática de discriminación o de detención arbitraria.

De lo anterior se desprende que la actuación policiva con fundamentos discriminatorios ha sido identificada en el derecho comparado como perfilamiento y se caracteriza por: (i) estar basada en un prejuicio o estereotipo alrededor de una actividad determinada o hacia un segmento de la población específico; (ii) incorporar un elemento de coerción que

se materializa en medidas de requisas arbitrarias, detenciones indiscriminadas o actos de violencia física o psicológica; y (iii) estar amparadas en normas o discursos públicos asociados al control del orden público o la prevención contra al delito.

Derecho al trato digno 71. La dignidad humana es un principio fundante de la Carta de 1991, un valor transversal a la misma y un derecho fundamental autónomo. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como pilar ético [175] o presupuesto esencial del reconocimiento y la efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución [176] .

Como derecho autónomo, ha dicho que garantiza "(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere) [177] , (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) [178] , (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) [179] ".

72. En esta ocasión, resulta de mayor relevancia el tercero de los aspectos que garantiza el derecho a la dignidad humana: la intangibilidad de la integridad física y moral. De este derecho se deriva una prohibición de exclusión social mediante un atentado o un desconocimiento de la dimensión física, moral o psicológica de las personas y la obligación de adoptar medidas para proteger esos bienes jurídicos.

Evidentemente, la garantía del derecho a la dignidad, en esta dimensión, se encuentra ligada al derecho a estar libre de violencia y a la prohibición de trato cruel, inhumano y degradante.

El primero, además de haber sido reconocido en diversas ocasiones por la jurisprudencia [180] , se encuentra específicamente plasmado en la Convención de Belém do Pará, en sus artículos 7°, 8° y 9°, que disponen la obligación para los Estados de adoptar todas las medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, con particular atención a las mujeres que hacen parte de grupos discriminados o vulnerables.

La segunda, como una forma de violencia diferenciable y exacerbada, se encuentra reconocida explícitamente en el artículo 12 de la Constitución, así como en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas. Así, del reconocimiento de estos derechos surge el deber de debida diligencia en la prevención, atención, investigación y sanción de todas formas de violencia.

73. Como se dijo, el maltrato verbal, psicológico o físico a los trabajadores sexuales es una forma de trato indigno y de violencia, además de una de las consecuencias de su estigmatización y exclusión histórica.

La subvaloración de este grupo se manifiesta, entre otras cosas, en el lenguaje, a través del cual se identifican las representaciones más peyorativas del insulto mediante referencias femeninas a la prostitución o al trabajo sexual. Sin duda, esta realidad ha hecho que el maltrato verbal y psicológico de los trabajadores sexuales, particularmente las mujeres, sea "normal" o socialmente permisible. Éste también es una plataforma hacia la permisividad social del maltrato físico de estas personas, a partir de una concepción de un menor valor en razón a la ocupación.

La violencia, física, verbal, psicológica o sexual hacia los trabajadores sexuales con fundamento en su labor, entre otros, viola su derecho a la dignidad y está prohibido por la Constitución. Todos los seres humanos merecen un trato digno en todas sus interacciones sociales y las concepciones y estereotipos acerca de la ocupación de las prostitutas no pueden ser el fundamento para ningún maltrato.

74. En suma, los derechos a la igualdad y a la dignidad prohíben tajantemente que ningún tercero, incluido el Estado, que tiene un deber cualificado de conducta, pueda adelantar acciones de violencia que afecten la integridad personal o moral de las personas. Este deber cobra aun mayor relevancia en relación con sujetos de especial protección constitucional,

como los trabajadores sexuales, particularmente en un contexto en el cual inclusive el lenguaje designa insultos a partir de esa labor, de lo que se ha desprendido una práctica normalizada de irrespeto y subvaloración hacia este grupo. En conexión con lo anterior, el derecho a estar libre de violencia impone el deber de tratar dignamente a los trabajadores sexuales, en especial las mujeres, en todas las situaciones o circunstancias, lo cual, a su vez, se traduce en una prohibición de discriminación en su manifestación de violencia y trato indigno.

Al haber establecido el marco constitucional aplicable al caso concreto, se pasa a resolver el problema jurídico planteado. Caso concreto: 75.

Esperanza y Abril presentaron acción de tutela en contra de la Policía Metropolitana de Bogotá, la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Defensa, la Procuraduría General de la Nación y la Personería de Bogotá por considerar que estas entidades que violaron sus derechos a la libre circulación, al trabajo, a la integridad personal, al debido proceso, a no ser discriminadas por su dedicación laboral y a estar libres de violencia. Tal vulneración de derechos se da por la aplicación de medidas administrativas de Policía en el contexto de la recuperación del espacio público de la Plaza de la Mariposa de Bogotá en la que las detuvieron y condujeron a la UPJ de Puente Aranda, bajo la excusa de que estaban en alto grado de exaltación, cuando en realidad tienen como fundamento que son trabajadoras sexuales.

Además, argumentan que son víctimas de constantes hostigamientos en ese sector mediante amenazas de conducción, y requisas violentas, entre otros. Adicionalmente, consideran que el Ministerio de Trabajo ha fallado en sus obligaciones por no expedir una regulación para las trabajadoras sexuales, lo cual las pone en situación de vulnerabilidad.

La Policía afirma que no ha violado los derechos de las tutelantes y que su detención y conducción a la UPJ se dio con la observancia de todas las normas que regulan el tema. Aunado a lo anterior, advierte que sus actuaciones tienen fundamento en las reglas de espacio público recuperado y vendedores ambulantes.

Por su parte, la Alcaldía sostiene que no ha vulnerado ningún derecho y que ninguna de las acciones que dieron lugar a los hechos, están bajo su competencia.

Adicionalmente, dice que no ha desplegado ninguna política pública en relación con las trabajadoras sexuales y el espacio público en la Plaza de la Mariposa.

No obstante, expresa que cualquier acto preparatorio al trabajo sexual implica un uso indebido del espacio público que compromete el goce colectivo y en especial expone un riesgo de atraer el consumo de estos servicios a menores de edad.

La Personería afirma que no ha violado ningún derecho de las tutelantes y que el Ministerio Público sí estuvo presente en la diligencia de conducción en la UPJ.

El Ministerio de Trabajo y la Procuraduría General de la Nación solicitan su desvinculación por falta de legitimidad por pasiva. 76. De conformidad con lo anterior, se trata de analizar si la Policía en el uso de sus facultades respetó los límites que el Estado constitucional impone y, a su vez, si el ejercicio de sus facultades se dio en el marco de una política de la Alcaldía sobre la preservación del espacio público respetuosa o no de los mencionados límites.

En concreto, como se planteó en el problema jurídico, le corresponde a esta Sala establecer si la Policía, al aplicar las diferentes medidas administrativas, respetó los derechos fundamentales de las tutelantes. No obstante, no se trata de cualquier medida administrativa de Policía, sino de la conducción o retención administrativa que si bien tiene un carácter preventivo y no sancionatorio, se trata de una medida que efectivamente limita el derecho a la libertad de las personas.

Para responder a lo anterior, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad que establezca si la actuación de la administración fue razonable y no incurrió en la arbitrariedad. Como se trata de una medida de protección adoptada en

contra de los intereses de la persona afectada, debe estar en capacidad de satisfacer – tanto en su fundamento como en su aplicación – un juicio de proporcionalidad estricto.

Así pues, esta medida debe respetar las garantías mínimas del derecho a la libertad, ya que son garantías transversales al régimen constitucional que se aplican a toda forma de restricción, sin importar la denominación jurídica de la medida o la finalidad de la misma.

77. Como lo ha advertido ampliamente la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad impone que para que una restricción de derechos sea aceptable, ésta no puede vulnerar una garantía específica y debe superar el juicio de proporcionalidad. Es decir, la restricción debe: (i) perseguir un fin constitucionalmente legítimo; (ii) constituir un medio idóneo para alcanzarlo;

(iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha determinado que el juicio de proporcionalidad no se aplica con la misma intensidad en todos los casos. Así, ha distinguido tres niveles de intensidad: leve, intermedio y estricto. El juicio leve exige que la medida persiga un fin legítimo o no prohibido por la Constitución y que sea idónea para alcanzar el fin propuesto [181] .

En el juicio intermedio se requiere que el fin sea legítimo y además constitucionalmente importante , ya que la medida promueve intereses públicos que gozan de protección constitucional. Además, el medio no sólo debe ser adecuado sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado y no puede ser desproporcionado en la relación entre el bien constitucionalmente perseguido y el sacrificado [182] .

Por último, en el juicio estricto la finalidad de la medida debe ser imperiosa, el medio no sólo debe ser adecuado y efectivamente conducente, sino necesario, esto es que no exista un medio alternativo menos lesivo y debe ser estrictamente proporcional en cuanto que los beneficios de adoptar la medida deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma. Este se aplica “ 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio ” [183] .

En consecuencia, por el grado de afectación de los derechos fundamentales aquí alegados y por tratarse de una medida adoptada en contra de personas que integran un grupo social tradicionalmente discriminado, es necesario analizar las actuaciones de la administración desde el juicio de proporcionalidad estricto.

Finalidad de la medida 78. En primer lugar, para establecer la finalidad de la medida, la Sala debe esclarecer la naturaleza y el fundamento de las actuaciones de la Policía. De una parte, la Policía argumenta que la medida se dio como apoyo al Jefe de Espacio Público de la localidad de Santa Fe, en el marco de la política de recuperación del espacio público, y con el objetivo de desarticular estructuras criminales que se mimetizan como trabajadoras sexuales [184] .

También manifiesta que adicional al deber de mantener el espacio público, las accionantes habían incurrido en una trasgresión del artículo 47 del Acuerdo 079 de 2003, -practicar la prostitución durante el día- [185] . Más allá, fundamenta su actuación en sus deberes generales de protección de este espacio y en las normas que imponen su

recuperación y que prohíben ventas estacionarias como una ocupación indebida del espacio público, en particular en una zona recuperada [186] .

Por otro lado, el Jefe de Espacio Público de la MEBOG manifestó que lo que motivó la conducción de las mujeres a la UPJ fue su alto grado de exaltación, después de requerirles un registro corporal y sus identificaciones, y encontrar a tres con armas blancas, todo lo anterior a raíz de " los llamados de la comunidad que reside, transita y labora en el sector, en tanto que señalaban que estas mujeres se encontraban realizando exhibiciones obscenas en la vía pública " [187] .

79. De otra parte, la Alcaldía señala que no ha desplegado ninguna actividad que involucre la recuperación del espacio público, ni la vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en la zona. Que la conducción de una persona a la UPJ es una competencia exclusiva de la Policía, por lo que no hay legitimidad por pasiva. A su vez, al contestar las preguntas ordenadas, indicó que la Plaza de la Mariposa es un espacio público de recuperación desde hace más de 10 años [188] y que la política vigente en la zona es la que se rige por el Plan de Ordenamiento Territorial (POT), específicamente, aquella en relación con vendedores ambulantes.

No obstante, sostiene que aun cuando la prostitución es lícita y una forma de trabajo, su ejercicio está limitado por el orden público. Así, éste no puede realizarse en el espacio público y las autoridades de Policía tienen plenas facultades para preservar su uso, de ahí que el trabajo sexual no pueda ser ejercido en este espacio. Igualmente, consideran que cualquier acto de la cadena del trabajo sexual es un uso indebido del espacio público y pone en riesgo sujetos de especial protección constitucional como los niños.

80. En las pruebas del expediente aparecen los informes de conducción de las accionantes a la UPJ. En los mismos, se reporta que la medida se aplicó con fundamento en los artículos 146 y 147 del Código de Policía de Bogotá (CPB) y en cumplimiento de los mínimos establecidos en la sentencia C-720 de 2007 de la Corte Constitucional, como una medida de protección y/o prevención ya que " la ciudadana es conducida a la UPJ por estar en alto grado de exaltación en el sector de la Mariposa para proteger su vida y la de terceros (sic)" [189] . Además, de que se contó con la presencia del Ministerio Público. Por lo tanto, el fundamento de la limitación a la libertad de las accionantes es la conducción por alto grado de exaltación , una forma de la retención administrativa que contemplaba el antiguo Código Nacional de Policía (aún vigente) y que consiste en el traslado " inmediato de cualquier persona ante una autoridad, a un centro asistencial o de salud, a su domicilio y si ello no fuere posible a la Unidad Permanente de Justicia de la Policía Metropolitana de Bogotá " [190] .

Como en los casos de la retención administrativa, ésta procede cuando la persona se encuentre en estado de indefensión o en alto grado de exaltación, por ser un peligro para sí misma o para terceros [191] .

81. Una comparación de las figuras de la retención administrativa, que estaba contemplada en el antiguo Código Nacional de Policía (aún vigente), y de la conducción, dispuesta en el Código de Policía de Bogotá, evidencia que la última es una forma de la primera. Es decir, una medida administrativa que la Policía puede aplicar, de naturaleza preventiva y un mecanismo para proteger terceros y a la misma persona. Así, todas las consideraciones de la retención administrativa son aplicables a la misma.

La jurisprudencia ha determinado que la retención administrativa es una medida de protección admisible en términos constitucionales, siempre que se dé bajo ciertos parámetros. Como se advirtió, la sentencia C-720 de 2008 encontró que la figura persigue un fin constitucionalmente imperioso, a saber -la protección de " todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal "-, así como la protección del individuo sólo cuando éste no tiene conciencia o capacidad para actuar de conformidad con sus verdaderos intereses.

No obstante, la misma, como una limitación al derecho a la libertad personal y de circulación de las personas, sólo puede aplicarse “ cuando sea estrictamente necesaria y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición ” [192] .

Por lo tanto, la finalidad de la conducción, mientras que se trate de una medida necesaria, urgente e idónea para evitar un daño superior y se haga bajo las condiciones expuestas, es legítima y es una herramienta de la Policía para cumplir con su deber de proteger los derechos y libertades de las personas. No obstante, no son permisibles los motivos discriminatorios como fundamento de una actuación policiva.

82. Es importante resaltar que el ejercicio de la actividad de policía y la conceptualización de lineamientos desde la Alcaldía, como cabeza de la política pública de la ciudad, con fundamento en motivos discriminatorios están proscritos por la Constitución . La aplicación de normas legales y de facultades constitucionales legítimas se desdibuja cuando se fundamenta en prejuicios y estereotipos que se asocian a una población particular. Así lo determinó este Tribunal en la sentencia T-301 de 2004 en la que consideró la retención y hostigamiento en la vía pública del accionante, con fundamento en su orientación sexual, una actuación desproporcionada y violatoria de sus derechos fundamentales.

Más allá, en el caso del trabajo sexual, se convierte en un desconocimiento del deber de protección especial que tiene este grupo marginado, lo cual se acentúa si se trata de mujeres en condiciones socioeconómicas precarias, como las accionantes. La identificación de un individuo como trabajador sexual generalmente parte de su apariencia. Como se dijo, las acciones que se fundamentan en la asociación de estereotipos con manifestaciones y expresiones corporales públicas son inconstitucionales, por constituir criterios discriminatorios.

La doctrina ha identificado que esta práctica se fundamenta en un discurso represivo de la autonomía de la mujer, la identidad de género y la orientación sexual de las personas [193] , pero a su vez perpetúa la discriminación y marginación del grupo, con fundamento en la escala de valor que la persona representa en la sociedad, a partir de su dedicación laboral. Así, genera categorías inconstitucionales de dignidad, bajo las cuales unas personas tienen mayor valor que otras y esa escala determina el trato que la colectividad le debe a esa persona.

De la misma forma, como también se advirtió, el derecho comparado ha proscrito la aplicación de medidas policivas con fundamento en motivos discriminatorios como perfilamiento . Esto es, una actuación policiva basada en un prejuicio o estereotipo alrededor de una actividad determinada o hacia un segmento de la población específico que incorpora un elemento de coerción como requisas arbitrarias, detenciones indiscriminadas o actos de violencia física o psicológica la cual está amparada en normas o discursos públicos asociados al control del orden público o la prevención contra al delito.

83. Para la Sala es claro que en el caso concreto, a pesar de los informes reseñados y los argumentos de la Policía, el fundamento de la conducción de las accionantes a la UPJ no fue el alto grado de exaltación , como una medida preventiva, de última ratio y necesaria para preservar los derechos de las accionantes y de terceros, por las siguientes razones:

84. En efecto, la Policía señala que las razones de la conducción fueron: (i) ejercer una actividad prohibida en el espacio público, -la prostitución-, durante el día; (ii) el artículo 12 del Decreto 98 de 2004 que establece la facultad para la

Policía de retirar a las personas que “ ocupen los espacios públicos que hubieran sido recuperados ” [194] ;

(iii) el artículo 80 del Acuerdo 79 de 2003 que establece que las “ ventas ambulantes o estacionarias en el espacio público construido constituyen una forma de ocupación indebida ” [195] ;

y (iv) la creencia de que las bandas criminales se mimetizan en las trabajadoras sexuales. Su respuesta también indica que el Jefe de Espacio Público solicitó el apoyo de la Policía para la conducción de 14 trabajadoras sexuales por llamado de la comunidad en el que aseveraban que las mujeres en la Plaza de la Mariposa estaban realizando exhibiciones obscenas, lo cual atenta contra la tranquilidad de la comunidad y quebranta las normas de convivencia.

De otra parte, las accionantes afirman que los agentes de policía condujeron a las accionantes y a las otras 12 mujeres a la UPJ “ por putas ”, lo cual fue reiterado por el testimonio de un tercero presente al momento de los hechos. Adicionalmente, PARCES allegó testimonios de otras trabajadoras sexuales que circulan en la zona en donde indican que la Policía las hostiga constantemente, les solicita pagos para no ser conducidas a la UPJ, tratan de ahuyentar a sus clientes y de forma reiterada durante requisas o solicitudes de identificación hay episodios de violencia física y psicológica.

Igualmente, si bien la Policía afirma que su conducción tuvo fundamento en un supuesto alto grado de exaltación, y así fue consignado en los informes oficiales, no hay prueba o inclusive relato en el expediente que dé cuenta de cuál fue la situación que amenazó los derechos de las accionantes y de terceros que hiciera necesaria, urgente e idónea su conducción a la UPJ. Éstas no se encontraban bajo los efectos de sustancias alucinógenas o alcohol que las pusiera en un estado de indefensión o incapacidad transitoria. Sólo aparecen narraciones en las cuales se señala que Esperanza y Abril estaban sentadas en una banca en la Plaza de la Mariposa cuando apareció un camión para llevarlas a la UPJ. Más allá, la Policía tampoco explicó en qué momento se les preguntó a las tutelantes su dirección de residencia y si consentían ser llevadas a ese lugar o por qué descartaron la opción, también establecida en la norma, de llevarlas a un centro de salud.

En la misma dirección, se debe resaltar que tampoco hay prueba de que Esperanza y Abril estuvieran practicando la prostitución. Todo lo contrario, se sabe que estaban sentadas en una banca, en ejercicio de su derecho a estar en el espacio público. Cabe reiterar que el trabajo sexual es legal y su licitud no está sujeta a un momento determinado del día, como erróneamente lo aduce la Policía.

Así mismo, las tutelantes tampoco realizaron exhibiciones obscenas en la vía pública. No hay alusión al asunto en el expediente, diferente de la afirmación de que esa fue su conducta y, de nuevo, es claro que ellas estaban sentadas en una banca. Luego, es razonable inferir, como lo alegaron las accionantes, que el criterio de supuesta obscenidad está ligado a la forma de vestir de las mujeres, para identificarlas como trabajadoras sexuales.

En cuanto a las condiciones de cómo se aplicó la medida hay evidencia en el expediente, a partir de los testimonios de las tutelantes, de otras trabajadoras sexuales y de integrantes de la ONG PARCES, de que las accionantes durante la conducción fueron maltratadas física y verbalmente y por lo tanto sufrieron un trato indigno con fundamento en su labor. La destrucción de los bolsos de las accionantes, el haberlas descalzado para el traslado a la UPJ, la supuesta inspección vaginal de una de las retenidas del 20 de enero de 2016 y los diferentes maltratos verbales constituyen un trato indigno en la aplicación de la fuerza de la policía. Esa conducta se desprende de estereotipos basados en la forma de vestir de las mujeres en la Plaza de la Mariposa a partir de los cuales se las señala de prostitutas que ejercían trabajo sexual en el espacio público, y que por ende, lo invadían. Adicionalmente es claro que se tilda su labor como indigna, y hace que las mismas sean subvaloradas e irrespetadas.

Por otro lado, de la información presentada tanto por la Policía como por la Alcaldía no hay duda de que institucionalmente se concibe a las trabajadoras sexuales como vendedoras ambulantes. Por lo tanto, entienden que la normatividad que le aplica a éstos también es aplicable a ellas y su permanencia en el espacio público equivale a la de un

vendedor de esa naturaleza, pero en este caso la venta estacionaria es el cuerpo. Diferentes manifestaciones de la Policía y de la Alcaldía en el trámite de tutela confirman esa percepción, como por ejemplo, la referencia de la policía a todas las normas sobre indebida ocupación del espacio público o la intervención de la Defensoría del Pueblo en la cual reseña una reunión alrededor de los hechos en la que la Alcaldía recordó " las facultades que tienen para la recuperación del espacio público " [196] , así como sus respuestas a las preguntas de la Sala. Para éstas, su estancia en la vía pública equivale a una ocupación indebida del espacio. En este sentido, la Alcaldía afirma que cualquier acto de la cadena de trabajo sexual, es decir, previo al mismo es una indebida ocupación del espacio público.

Finalmente, es importante advertir que las trabajadoras sexuales fueron las únicas personas destinatarias de la medida del 20 de enero de 2016 en la Plaza de la Mariposa.

Aunque se dice en el expediente que algunas de las mujeres detenidas no eran prostitutas, también se dice que fueron juzgadas de esa manera por su forma de vestir. Luego, es claro que en la misma situación este trato sólo les fue aplicado a trabajadoras sexuales o personas que por su apariencia se creía que lo eran, no a personas que no forman parte de este grupo marginado, lo cual constituye perfilamiento en razón a la apariencia.

Entonces, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que la conducción fue utilizada para desarrollar la política pública de protección al espacio público, a partir de la concepción de que las trabajadoras sexuales invaden el mismo y son equivalentes a vendedoras ambulantes y su mercancía es el cuerpo .

Es decir, las tutelantes y las demás mujeres que estaban en la Plaza de la Mariposa el 20 de enero de 2016, fueron conducidas por considerarse que eran trabajadoras sexuales .

85. De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que el fundamento de la retención y conducción de las accionantes a la UPJ fue el hecho de ser trabajadoras sexuales .

A su vez, esta medida se basó en dos preconcepciones: (i) que la presencia de una trabajadora sexual, a la cual se la identifica por su apariencia, en una zona por un tiempo prolongado es un uso indebido del espacio por ser trabajo sexual y (ii) que el trabajo sexual hace a priori a estas mujeres posibles delincuentes.

Como lo ha advertido la Corte, la retención transitoria no puede ser utilizada para encubrir medidas sancionatorias de ningún tipo, ni para lograr otros objetivos como la limitación al derecho a la circulación de unas personas que hacen parte de un grupo marginado y vulnerable por su dedicación. Esa distinción de trato no tiene un fundamento constitucional y es claramente discriminatorio. Se trata de cercenar el goce de un derecho fundamental, la libertad, en su manifestación de la libertad personal y la libre circulación con el objetivo de desalojar de un espacio público a unas personas, porque se considera que su dedicación laboral va en contra de la tranquilidad pública y es un peligro para la sociedad. Esta percepción equipara el trabajo sexual con la venta ambulante, como si estas personas fueran cosas que se ponen a la venta. Adicionalmente, esta práctica tiene un impacto mayor en personas vulnerables por su situación socioeconómica.

Como se ha advertido, el trabajo sexual no es heterogéneo y se distingue por niveles socioeconómicos. Esto hace que las personas que ejercen dicho trabajo en niveles socioeconómicos más bajos son aún más vulnerables y requieren de mayor protección. Más allá, la discriminación legal que han sufrido las personas que se dedican al trabajo sexual, por no existir desarrollos que regulen la prostitución desde los lineamientos constitucionales, hace que estas personas estén en mayor riesgo y ha contribuido al trato que la Policía les ha dado. Por ejemplo, en este caso el vacío legal hace que se las equipare a vendedoras ambulantes cosificando su cuerpo y presumiendo que el estar en un lugar específico implica que lo están vendiendo, cuando el trabajo sexual consentido vende un servicio. Así, esta concepción se fundamenta en estereotipos del trabajo sexual que además tienen un impacto en la dignidad de las personas que lo ejercen y perpetúa la

percepción de éstas como un grupo indeseable y sin valor. Así mismo, contribuye a que estas personas sean tratadas de forma violenta tanto física como psicológicamente.

86. En cuanto al contexto como amenaza de derechos fundamentales de las accionantes y de la población de trabajadoras sexuales que circulan en la zona, se constata que la policía perpetua tratos indignos en contra de las trabajadoras sexuales, como la solicitud a una trabajadora sexual, diferente de las accionantes, de descubrir un seno para probar que estaba en periodo de lactancia, las amenazas de traslado a la UPJ sino se efectúan pagos, el amedrentamiento a los clientes, al esparcir rumores sobre el estatus VIH de algunas mujeres, entre otros, dan cuenta de una situación de abuso, además de posibles responsabilidades por faltas disciplinarias y/o delitos. Ésta, genera una amenaza de los derechos de las tutelantes y de la población de trabajadores sexuales que circulan en la zona. No obstante lo anterior, de las pruebas no es posible saber con certeza y precisión cuáles de dichos sucesos ocurrieron y quién los perpetró. Sin embargo, es claro que existe un contexto de violencia policial con fundamento en la política del espacio público de la Alcaldía que deben ser investigados.

De acuerdo con lo anterior, de las pruebas recaudas en el trámite de la acción se concluye que existe un contexto de violencia policial mediante el trato indigno, excesos del uso de la fuerza física y maltrato psicológico contra las trabajadoras sexuales que circulan en la zona, lo cual representa una amenaza a los derechos fundamentales de esa población.

87. En suma, el despliegue de la actividad de policía, con base en criterios discriminatorios como una forma de perfilamiento, para limitar la circulación en una zona de la ciudad de personas que hacen parte de un grupo vulnerable, comprende una violación de los derechos fundamentales y está prohibido por la Constitución. En este caso, la retención y conducción de las accionantes a la UPJ por ser trabajadoras sexuales, en un contexto de hostigamiento y aparentes excesos en la aplicación de la fuerza, violan los derechos de éstas a la libertad personal y a la libre circulación. A su vez, la conceptualización de las trabajadoras sexuales como vendedoras ambulantes viola su derecho a la dignidad y dicha suposición no puede ser el soporte de la aplicación de las normas de espacio público, ni vetar de éste a un grupo de individuos mientras que respeten las reglas de convivencia ciudadana y no incurran en comportamientos al margen de la ley.

88. No sobra anotar que aun cuando se les aplicara la normatividad acerca de vendedores ambulantes en espacios de recuperación, ésta no habilita la conducción, sino la facultad de retirar a las personas que ocupen indebidamente el espacio del lugar. Así, inclusive en ese escenario sería ilegal la retención de las accionantes ya que el fundamento de la conducción no es el alto grado de exaltación como una medida de protección, sino motivos diferentes que hacen que la conducción se torne en una detención arbitraria por no contar con una orden escrita de una autoridad judicial.

En este punto, también cabe advertir que el anterior acercamiento bajo ninguna circunstancia precluye a la Policía de que, en el marco de sus competencias y en atención a la ley y a la Constitución, adelante los operativos necesarios para perseguir la prostitución de menores o la explotación sexual de personas.

89. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la aplicación de las medidas administrativas de Policía en este caso no supera el primer paso del juicio de proporcionalidad, ya que como se evidencia, tienen un fundamento discriminatorio y su objetivo no es otro que el de excluir a un grupo de personas de un espacio público por ser trabajadoras sexuales.

Es decir, busca limitar la posibilidad de las tutelantes de pararse, transitar o circular en un espacio público con fundamento en la labor que realizan. Toda vez que la medida tiene un fundamento discriminatorio, resulta violatoria de los derechos fundamentales de las accionantes y está prohibida por la Constitución. En consecuencia, no hace falta agotar los pasos restantes de dicho juicio.

Entonces, la retención y detención de las accionantes a la UPJ constituyó una detención arbitraria y en conjunto con las diferentes acciones de hostigamientos en la Plaza de la Mariposa en el marco de la conceptualización de las trabajadoras sexuales como vendedoras ambulantes tienen el objeto de excluir a un segmento de la población del espacio público, lo cual viola sus derechos fundamentales a la libertad personal, a la libre circulación y a la igualdad. Por lo anterior, se confirmará y revocará parcialmente la decisión de segunda instancia en los términos expuestos y se ampararán los mencionados derechos.

90. La Sala insiste en que es innegable que la mayoría del trabajo sexual, en especial el que se da en niveles socioeconómicos bajos, surge de contextos de vulnerabilidad, por lo tanto la política de la Alcaldía y las actuaciones de la Policía no pueden apuntar a vetar del espacio público a las personas que se dedican a esa labor, sino necesariamente debe generar un plan comprensivo que otorgue oportunidades laborales a estas personas.

En el mismo sentido, es necesario generar un diálogo con representantes de los trabajadores sexuales, de la sociedad civil y de las autoridades del cual se desprenda una política comprensiva frente al trabajo sexual que también incluya a los usuarios de estos servicios. Ésta debe considerar formas de transformación social que ayuden a derribar los estereotipos alrededor del trabajo sexual, que avancen hacia el respeto y el trato digno de esta población, genere oportunidades y en vez de poner en una situación de mayor vulnerabilidad a las prostitutas mediante su persecución o estigmatización se acerque de forma integral a esta realidad, de forma que se dote de mayor protección a las personas más vulnerables.

91. Las anteriores consideraciones se pueden concretar en las siguientes conclusiones: La Constitución de 1991 reconoce el derecho a la libertad personal en su artículo 28 y bajo los parámetros del mismo permite su limitación legítima mediante la retención administrativa o conducción como una excepción a la reserva judicial cuando tenga un carácter preventivo para proteger los derechos de terceros o a la propia persona y se sujete estrictamente a las garantías del debido proceso, al principio de proporcionalidad y no tenga fundamento en motivos discriminatorios.

El derecho a la libre circulación: (i) es un derecho fundamental como una manifestación del derecho de libertad general con dimensiones negativas y positivas; (ii) comprende la posibilidad de desplazarse y transitar dentro y fuera del territorio nacional y de fijar la residencia dentro del territorio en donde se desee; (iii) como regla general, en el espacio público no existen restricciones al derecho, a menos de que estén plenamente justificadas, y en los espacios privados se aplica una restricción primae facie , no obstante se debe tener en cuenta la función social del artículo 58, como en los casos de las servidumbres; (iv) en ciertos casos puede ser una condición para el goce de otros derechos fundamentales; y (v) no es un derecho absoluto y puede ser limitado legalmente dentro de parámetros objetivos que respondan a los criterios establecidos en los instrumentos internacionales y las normas nacionales, tales como el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y los derechos y libertades de los demás, todo ello con sujeción a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación.

Los trabajadores sexuales merecen una especial protección constitucional al ser un grupo tradicionalmente marginado y discriminado en razón a la actividad que ejercen de la cual se derivan estereotipos negativos que los han invisibilizado y excluido de la sociedad y particularmente de la protección del derecho al trabajo.

L as reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha desarrollado en casos de discriminación por apariencia física, en particular por la forma de vestir, se pueden resumir de la siguiente manera:

(i) son inconstitucionales las acciones que se fundamentan en la asociación de estereotipos con manifestaciones y expresiones corporales públicas de los ciudadanos, por constituir criterios discriminatorios; (ii) en estos eventos, la carga de la prueba se atenúa con respecto a quien alega la discriminación, por lo que el juez constitucional está obligado a desplegar una copiosa actividad probatoria con el fin de determinar si se trata de un caso de discriminación ;

y (iii) cualquier prohibición o sanción asociada a la manifestación pública de la vivencia personal de los individuos debe ser sometida a un juicio estricto de proporcionalidad para determinar si la misma busca un fin constitucional imperioso e impone una limitación adecuada, necesaria y razonable del derecho.

Los derechos a la igualdad y a la dignidad prohíben tajantemente que ningún tercero, incluido el Estado, que tiene un deber cualificado de conducta, pueda adelantar acciones de violencia que afecten la integridad personal o moral de las personas. Este deber cobra aún mayor relevancia en relación con sujetos de especial protección constitucional, como los trabajadores sexuales, particularmente en un contexto en el cual inclusive el lenguaje designa insultos a partir de esa labor, de lo que se ha desprendido una práctica normalizada de irrespeto y subvaloración hacia este grupo. En conexión con lo anterior, el derecho a estar libre de violencia impone el deber de tratar dignamente a los trabajadores sexuales, en especial las mujeres, en todas las situaciones o circunstancias, lo cual, a su vez, se traduce en una prohibición de discriminación en su manifestación de violencia y trato indigno.

En el caso particular, el trato indigno, la retención y conducción de las accionantes a la UPJ en un contexto de hostigamiento vulneró sus derechos a la igualdad, a la libertad personal y a la libre circulación. En efecto, las autoridades desconocieron el derecho a la igualdad al utilizar como fundamento de su actuación la dedicación laboral de las tutelantes y pretender aplicarles normas sobre el espacio público y vendedores ambulantes, lo cual se aparta de los motivos lícitos que fundamentan la conducción y la convierte en una detención arbitraria, pero además las cosifica y desconoce su dignidad como personas, al equiparar los servicios que prestan con la venta de su cuerpo. Adicionalmente, estas actuaciones tienen un impacto mayor en razón a la condición socioeconómica de Esperanza y Abril .

En este contexto, las autoridades en vez de protegerlas, como era su deber, desconocieron sus derechos y perpetuaron los estereotipos que ya recaen sobre ellas por su dedicación laboral, al pretender excluirlas de un espacio público específico en la ciudad, amparadas por la política que en la materia promueve la Alcaldía.

Órdenes a impartir 92. En primer lugar se confirmará parcialmente la decisión de segunda instancia en el trámite de acción de tutela en cuanto a considerar improcedente la acción para el reclamo de reparaciones económicas por la responsabilidad del Estado por las omisiones y acciones de sus agentes.

En segundo lugar revocará parcialmente la decisión y se ampararán los derechos de Esperanza y Abril a la igualdad, a la libertad personal y a la libre circulación y en consecuencia se ordenará a la Policía Metropolitana de Bogotá que se abstenga de utilizar la política de recuperación del espacio público para limitar el derecho a la libre circulación de las accionantes.

En tercer lugar , ya que en el trámite de la acción se constató que la Alcaldía tiene dentro de sus metas y como parte de su política pública la generación de una política Distrital para la protección integral y la generación de oportunidades para las personas en ejercicio de prostitución, se ordenará a la Alcaldía Mayor de Bogotá que dé prioridad al desarrollo de esta política y que en el término de dos meses instale una mesa para su conceptualización que incluya representantes de las trabajadoras sexuales para que en un plazo máximo de un año implemente un programa de oportunidades para esta población.

En cuarto lugar , ya que es necesario reversar los estereotipos que revisten el trabajo sexual y la permisión social hacia el maltrato físico y verbal a esta población con fundamento en su labor, se ordenará a la Alcaldía Mayor de Bogotá en conjunto con la Defensoría del Pueblo que imparta capacitaciones a la Policía Metropolitana de Bogotá acerca de la importancia del trato digno de los trabajadores sexuales y la prohibición de maltrato verbal y físico, así como la prevención e identificación de prácticas que pueden llegar a constituir prácticas de perfilamiento en los términos desarrollados por esta sentencia.

En quinto lugar , en razón al contexto de vulnerabilidad quienes ejercen la prostitución legalmente por falta de regulación en el campo laboral que les otorgue la protección del trabajo digno se exhortará al Ministerio de Trabajo que elabore una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos establecidos en esta decisión y en las sentencias T-629 de 2010 y T-736 de 2015 , que priorice la adopción de medidas que protejan a esta población en el campo laboral y que cuente con la participación de sus representantes.

En sexto lugar , se ordenará a la Defensoría del Pueblo que dé seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia y remita informes al juez de tutela de primera instancia acerca de dicho cumplimiento, esto es, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, cada cuatro meses.

Finalmente, se compulsaran copias de esta decisión a las autoridades competentes para que investiguen los hechos y las posibles faltas disciplinarias o delitos en los cuales se pueda haber incurrido.

Conforme a lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo del 21 de abril de 2016 proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en cuanto a considerar improcedente la acción para el reclamo de reparaciones económicas por la responsabilidad del Estado por las omisiones y acciones de sus agentes.

Segundo: REVOCAR PARCIALMENTE el fallo del 21 de abril de 2016 proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A en relación con la denegación del amparo de los derechos de las tutelantes. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la igualdad, a la libertad personal y a la libre circulación de Esperanza y Abril .

Tercero: ORDENAR a la Policía Metropolitana de Bogotá que se abstenga de utilizar la política de recuperación del espacio público para limitar el derecho a la libre circulación de las accionantes.

Cuarto: ORDENAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá que dé prioridad al desarrollo de la política pública que establece la generación de oportunidades para las personas en ejercicio del trabajo sexual y que en el término de dos meses instale una mesa para su conceptualización que incluya representantes de las trabajadores sexuales y otros representantes de ONG´s y de la sociedad civil para que en un plazo máximo de un año implemente el programa de oportunidades para esta población.

Quinto : ORDENAR a Alcaldía Mayor de Bogotá que en conjunto con la Defensoría del Pueblo imparta capacitaciones a la Policía Metropolitana de Bogotá acerca de la importancia del trato digno de los trabajadores sexuales y la prohibición de maltrato verbal y físico, así como la prevención e identificación de prácticas que pueden llegar a constituir actos de perfilamiento en los términos desarrollados por esta sentencia.

Sexto: EXHORTAR al Ministerio del Trabajo a que elabore una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual de acuerdo con los lineamientos establecidos en esta decisión, que priorice la adopción de medidas que protejan a quienes ejercen la prostitución legalmente y que cuente con la participación de sus representantes.

Séptimo: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que dé seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia y remita informes al juez de tutela de primera instancia acerca de dicho cumplimiento, esto es, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, cada cuatro meses.

Octavo: COMPULSAR copia de esta decisión a la Inspección General de Policía, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Noveno: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado AQUILES ARRIETA GOMEZ Magistrado (e) En comisión MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Para guardar el derecho a la intimidad de las tutelantes y por la estigmatización que puede desencadenar su identificación así como la de cualquier otra trabajadora sexual, en el proceso se cambiaran todos los nombres. Las accionantes se identificarán como Esperanza y Abril.

[2] Folio 2. [3] Folio 2. [4] Folio 1. Agregaron que " además de todos los abusos por parte de los agentes de Policía (hurto de nuestras pertenencias y nuestro dinero, abuso de poder al conducirnos por ser percibidas como trabajadoras sexuales, violencia verbal al denigrar nuestro oficio, señalamiento público al capturarnos en un camión de la Policía como si fuéramos delincuentes), ellos también golpearon a una de nosotras con un bolillo en la pierna .

[5] Folio 1. [6] Folio 2. [7] Folio 4. " La Policía no puede ser la encargada de perseguirnos sistemáticamente por el espacio público si nosotras no estamos cometiendo ningún delito. El trabajo sexual no está prohibido por las leyes ni la Constitución ".

[8] Folio 5. " si efectivamente somos trabajadoras sexuales que estamos sentadas en un parque, los agentes de Policía no pueden privarnos de nuestro derecho constitucional a movilizarnos y a ocupar libremente el espacio de la ciudad. Esto, ya que (i) bajo el ordenamiento jurídico colombiano, el trabajo sexual no es un delito y (ii) quienes la (sic) ejercemos no lo hacemos en el espacio público. En segundo lugar, no somos trabajadoras sexuales, la Policía no puede hacer perfilamientos sobre nosotras como si fuéramos unas delincuentes y capturarnos en redadas, o como si ejercer prostitución estuviera prohibido por la ley y la Constitución ".

[9] Folio 6. [10] Folio 7. [11] Folio 12. [12] Folio 13. [13] Folio 38. [14] Folio 38. [15] Folio 38. [16] Folio 38. [17] Folio 38. [18] Folio 38.

[19] Folio 39. [20] Folio 51. [21] Folios 59-70. [22] La Policía cita como fundamento de estas funciones el Decreto 098 de 2004, el Código de Policía, la Resolución 020 de 07 de febrero de 2014 y demás normas concordantes.

[23] Folio 73. [24] Folio 73. Decreto 098 de 2004, artículo 8. [25] Folio 74. [26] Folio 74. [27] Folio 77. [28] Folio 77. [29] Folio 77. Informe No. S-2016-005737 FUCTO-GUFUD9.25 del 21 de enero de 2016.

[30] Folio 77. [31] Folio 79. [32] Folio 127. [33] Folio 174. [34] Folio 208. [35] Folio 208. [36] Folio 213. [37] Folio 224. [38] Auto de pruebas (folio 123; Cuaderno de revisión).

[39] Auto de comisión (folio 129; Cuaderno de revisión). [40] Transcripción del audio de la audiencia realizada por el despacho de la magistrada ponente (folio 131; Cuaderno de revisión).

[41] Ibídem. [42] Ibídem. [43] Ibídem. [44] Ibídem. [45] Ibídem. [46] En este auto se suspendieron los términos de la acción de tutela por un periodo de 15 días.

[47] Folio 258, Cuaderno de revisión. [48] Folio 259, Cuaderno de revisión. [49] Folio 167, Cuaderno de revisión. [50] Folio 178, Cuaderno de revisión .

[51] Folio 182, Cuaderno de revisión. [52] Folio 182, Cuaderno de revisión . [53] Folio 186, Cuaderno de revisión. [54] Mediante escrito radicado en la Secretaria de esta Corporación el 2 de septiembre de 2016.

[55] Folio 83, Cuaderno de revisión. [56] Folio 156, Cuaderno de revisión. Radicado en la Secretaría de la Corte Constitucional el 26 de septiembre de 2016.

[57] Folio 156, Cuaderno de revisión. Una de las mujeres señala en la denuncia que " la cogieron abusivamente a subir al camión ", la esposaron y se cayó al piso. Relata que la hicieron firmar un documento del cual no le dieron copia ni la

dejaron leerlo. El informe dice que presenta marcas de violencia en una raspadura en el codo izquierdo, presuntamente de la caída que relató. La segunda denuncia se trata de una víctima en situación de discapacidad auditiva.

[58] Folio 163, Cuaderno de revisión. [59] Folio 155, Cuaderno de revisión. [60] Folio 120, Cuaderno de revisión. [61] Memorial de la Defensoría del Pueblo del 7 octubre de 2016 (folios 232 a 255; Cuaderno de revisión).

[62] Ibídem; folio 232, Cuaderno de revisión. [63] Ibídem, folio 232, Cuaderno de revisión. [64] Ibídem, folio 232, Cuaderno de revisión. [65] Ibídem, folio 232, Cuaderno de revisión.

[66] Como anexo a su memorial, la Defensoría presenta seis reportes elaborados por la organización PARCES, donde se documentan las supuestas agresiones contra las trabajadoras sexuales de la Plaza de la Mariposa. Entre la información recopilada se da cuenta de diversas agresiones físicas, entre las que se cuenta el caso de una mujer trabajadora sexual en situación de discapacidad cognitiva que presentó marcas de violencia policial en su muñera izquierda, y la recolección de datos personales y toma de fotografías sin previa autorización por parte de las trabajadoras (folios 235 a 234, Cuaderno de revisión).

[67] Ibídem, folio 246, Cuaderno de revisión. [68] Ibídem, folio 249. [69] Ibídem, folio 249. [70] Ibídem, folio 250. [71] Escrito del 30 de agosto de 2016.

[72] El escrito fue recibido en la Secretaria de la Corte Constitucional el 26 de septiembre de 2016. [73] Folio 132, Cuaderno de revisión. [74] Folio 133, Cuaderno de revisión.

[75] Folio 134, Cuaderno de revisión. [76] Escrito radicado en la Secretaria General de la Corte Constitucional el 20 de octubre de 2016, folio 262, Cuaderno de revisión.

[77] Folio 267, Cuaderno de revisión. [78] Ibídem. [79] Ibídem. [80] Folio 270, Cuaderno de revisión. [81] Ibídem. [82] Ibídem. [83] Folio 272, Cuaderno de revisión.

[84] Folio 273, Cuaderno de revisión. [85] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ya ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la existencia de otro mecanismo judicial y el perjuicio irremediable se tomará como modelos de reiteración los fijados por la magistrada sustanciadora en las sentencias T-400 de 2016, T -704 de 2015 y el Auto 132 de 2015.

[86] “ Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa . Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. [87] Setenncia. T-202 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla [88] Sentencia T-742 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[89] Sentencia T-004 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo con fundamento en las sentencias T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999, T-422 de 1993, T-421 de 2001, T-044 de 1996 y T-088 de 1999, entre otras.

“ Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa

sobre la ratificación, se refiere cuando el agenciado ha realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente ”.

[90] Sentencia. T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [91] Artículo 6, numeral 1, Decreto 2591 de 1991 [92] Auto 132 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “ En este sentido es necesario reiterar que la tutela procede únicamente cuando el afectado no pueda interponer una acción, un recurso, un incidente, o como en este caso, de un mecanismo de defensa judicial, cualquiera que sea su denominación y naturaleza ”.

[93] Sentencia T-406 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño [94] Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T 456 de 2004 M.P: Jaime Araujo Rentería, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T- 136 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

[95] Auto 132 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “ Por otra parte, la regla de evaluación de la idoneidad frente al recurso de revisión sigue siendo la misma respecto del mecanismo de revisión de las acciones populares y de grupo, y en relación con todos los demás medios de defensa judicial, pues la Corte no ha establecido excepciones al respecto: la evaluación de la idoneidad del medio judicial debe hacerse en el caso concreto. No existe una falta de idoneidad a priori de un medio de defensa judicial, y se debe establecer en cada caso concreto, como se dijo, a la luz de las reglas de la capacidad del medio para restablecer de manera efectiva e integral los derechos invocados. Lo importante es entonces el análisis de la idoneidad en el caso concreto del medio de defensa judicial que se presenta como principal. Por lo tanto, una vez establecida la regla jurisprudencial en la materia, pasa la Corte a determinar si la Sentencia T-274 siguió dicha regla para establecer la idoneidad del mecanismo de revisión ”.

[96] Artículo 86 de la Constitución Política. [97] Artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991 [98] Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En la sentencia T-404 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio al reiterar la jurisprudencia sobre la subsidiariedad de la acción de tutela y su procedencia ante la configuración de un perjuicio irremediable se cita al respecto de los requisitos para determinar la calidad del perjuicio irremediable: “ La jurisprudencia de la Corte ha señalado que un perjuicio se considera irremediable cuando:

“ de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave , desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención , en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable ”.

Ver sentencias, T-1316 de 2011, T-494 de 2010, T-232 de 2013, entre muchas otras. [99] Sentencia T-161 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Ver también Sentencia T-1316 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes;

Sentencia T-896 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-397 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [100] Folio 197. [101] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “ Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño ”.

[102] Sentencia T-301 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [103] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

[104] Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

[105] Sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. [106] Sentencia C-928 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealagre Lynett, Sentencia C-199 de 1998 M.P.

Hernando Herrera Vergara. La Corte declaró inexequible la norma que permitía a los comandantes de estación “ aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía en el desarrollo de sus funciones” por ser una medida sancionatoria” ; Sentencia C-189 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[107] En la sentencia C-176 de 2007 condicionó la exequibilidad de la norma que establece que “ Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente […]” “ en el entendido que la privación de la libertad debe condicionarse a previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente ” ya que por

su generalidad habilitaba las sanciones privativas de la libertad no precedidas de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

[108] Sentencia C-239 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver el fundamento 15 en cuanto a las excepciones a la regla general. [109] Sentencia C-366 de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. La sentencia C-879 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto indicó sobre esta excepción que " Con todo, los desarrollos normativos de este precepto deben someterse al carácter excepcional dispuesto en la Constitución. Por ello, en la sentencia C-730 de 2005 , que atendió la demanda formulada contra el artículo 2º de la ley 906 de 2004, cuando establecía la sujeción al término de las 36 horas siguientes para poner a disposición del juez de control de garantías en el caso de las capturas "en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito", fue declarada inexequible. A esta conclusión se llegó luego de analizar el significado de la libertad personal en el orden constitucional, así como el nuevo papel de la Fiscalía conforme al A.L. no. 3 de 2002. Con estos dos elementos, determinó el contenido y alcance del artículo en que se contienen las expresiones acusadas, valorado en su condición de precepto que hace parte del título preliminar sobre "Principios Rectores y Garantías Procesales" del Código de Procedimiento Penal. Conforme lo anterior, si bien encontró que el mismo no vulneraba el artículo 28 superior en la reserva judicial de la libertad al seguir siendo la Fiscalía una autoridad judicial (art 116 y 249 C.P.), ni tampoco lo dispuesto en el artículo 250 num. 1º C.P., que autoriza al órgano acusador a efectuar de manera excepcional capturas, en todo caso, sí se desconocía el carácter excepcional de la competencia atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Esto en atención a la falta de claridad y definición con que el legislador había previsto para aquella, la posibilidad de restringir la libertad. Dijo entonces la Corte, que la existencia de motivos fundados y la carencia razonable de oportunidad para solicitar el mandamiento escrito, "comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta" y en ese orden se hace posible que lo que es una excepción se pueda convertir en la regla general. Igual suerte tuvo lo previsto en el artículo 300 del C.P.P., declarado inexequible por la Corte en sentencia C-1001 de 2005, en cuanto el mismo autorizaba a la Fiscalía a proferir órdenes de captura excepcionales en los casos allí señalados. En este asunto, la Corte consideró primero que no se evidenciaba en la regulación efectuada por el legislador el presupuesto de excepcionalidad previsto en el art. 250.1. de la Constitución para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas y que de hecho los requisitos que se establecían eran menos exigentes que los impuestos al propio juez de control de garantías para emitir una orden equivalente; y segundo, que la norma acusada reiteraba como requisitos para este efecto indicado, algunos de los elementos incorporados en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 que por su indeterminación y excesivo margen de discrecionalidad que otorgaban al Fiscal General de la Nación, habían sido declarados inexequibles por la Corte en la sentencia C-730 de 2005, por lo que resultaba necesario seguir el precedente "; Sentencia C-226 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[110] Sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la decisión se revisaron diferentes disposiciones del Código Nacional de Policía que autorizaban a las autoridades realizar capturas. La Corte determinó que el inciso segundo del artículo 28 constituía una excepción a la reserva judicial y que no se refería exclusivamente a los casos de flagrancia ya que ese se regula por otra disposición constitucional. También dijo que esta excepción no violaba los tratados de derecho internacional pues seguía la regla del control judicial, así fuera posterior, dentro de las siguientes 36 horas.

[111] Sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. " De un lado, el inciso segundo del artículo 28 transcrito en el numeral anterior establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas. Este inciso establece que la "persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley".

Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial.

No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial ".

[112] En la decisión se declaró exequible el artículo 71 del CNP (derogado por el Nuevo Código de Policía Ley 1801 de 2016) que establecía la posibilidad de que la Policía pudiera hacer capturas momentáneas sin autorización judicial, pero sí con la autorización del Alcalde, con el objetivo de aprehender delincuentes solicitados por la autoridad competente e identificar personas.

[113] Sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. " Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales ".

[114] Sentencia C-024 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero. " En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado (…) Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales (…) Esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación ".

[115] Sentencia C-176 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [116] Sentencia C-366 de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento 6.10. Sentencia C-239 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez haciendo referencia a la Sentencia C-897 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: " No obstante, precisa enseguida la Corte en la sentencia C-879 de 2011, que la anterior interpretación se desechó con posterioridad, al entenderse que realmente lo dispuesto en dicha norma del artículo 28, podía también ser interpretado "como una garantía adicional a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial, dirigida a establecer un término perentorio para que una autoridad judicial se pronuncie sobre la privación de la libertad personal". De allí que en la sentencia C-176 de 2007, en la cual nuevamente se examinan disposiciones del Código Nacional de Policía, se concluyera que contrariaba la filosofía constitucional (artículo 28, en consonancia con los artículos 1º, 2º, 113 y 250 C.P.), que autoridades distintas de las judiciales, en particular las autoridades de Policía, pudieren ordenar la privación de la libertad de una persona. Por ello sobre este punto de la detención administrativa estimó la Corte en la sentencia C-879 de 2011, que "[s]e trata por lo tanto de un asunto que no es pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación", no obstante reconocerse su carácter de "medida dirigida a verificar la ocurrencia de delitos o evitar su consumación ".

[117] Sentencia C-329 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa. " 24. Pues bien, es relevante mencionar lo anterior, por cuanto fue justamente debido al carácter preventivo de la retención transitoria en estos dos supuestos, que la Corte señaló que la reserva judicial en materia de privación de la libertad debía ser ponderada con los principios protegidos por la

medida. Mientras que, por ejemplo en materia sancionatoria, solo los jueces pueden ordenar la privación de la libertad de una persona, cuando se trata de medidas que buscan proteger al propio individuo o a la comunidad, y tienen un grado de intensidad como la retención transitoria, pueden entrar en consideración los principios protegidos por la retención . En las sentencias C-199 de 1998 y C-720 de 2007, la Corte no procedió entonces a señalar que las normas demandadas fueran contrarias a la reserva judicial en materia de privación de la libertad, contemplada en el artículo 28 de la Constitución, sino que resolvió sujetarlas a un juicio de proporcionalidad (a una ponderación). En la sentencia C-720 de 2007, que recogió toda la evolución jurisprudencial en materia de ponderación, la Corte consideró que la retención transitoria preventiva era inconstitucional pero no por ser ordenada por autoridad administrativa, lo cual juzgó legítimo, sino porque resultaba parcialmente inidónea, innecesaria y desproporcionada. No obstante, la Corporación señaló que la retención transitoria administrativa con efectos preventivos podía ajustarse al orden constitucional, si era proporcionada y además estaba rodeada de suficientes garantías ”.

[118] Sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño. [119] Código Nacional de Policía. “ Artículo 186. Son medidas correctivas: (…) 8o) La retención transitoria; (…). Artículo 192. El cumplimiento de las medidas correctivas de promesa de buena conducta, promesa de residir en otra zona o barrio, de prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público y de presentación periódica ante el comando de Policía se asegurará con juramento o caución prendaria de veinte a dos mil pesos.

De las contravenciones que dan motivo a retención transitoria. Artículo 207. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. Al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal ”.

[120] Sentencia C-199 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara. “ Esto quiere decir, que las autoridades administrativas sólo pueden adoptar las medidas necesarias y eficaces para el fin propuesto, y el remedio más enérgico, ha de ser siempre la última ratio. Además, y no obstante existir una norma legal, el fundamento jurídico en el que se fundamenta la limitación debe estar ajustado a las causales previamente establecidas en la ley, es decir, "que simples invocaciones del interés general o de derechos de rango legal, no son suficientes para restringir el alcance del derecho".

Igualmente, el legislador, al regular los supuestos en los que ha de operar la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, "fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente tal medida, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo ”.

[121] Sentencia C-720 de 2077 M.P. Catalina Botero Mariño. “ 37. No duda la Corte en reconocer que la protección de derechos fundamentales de terceros eventualmente afectados por el comportamiento de quien se encuentra en situación de transitoria incapacidad o en estado de grave excitación en el que pueda cometer inminente infracción penal, encuentra un claro respaldo constitucional. En efecto, el artículo 2 de la Carta erige en finalidad y razón de ser de las instituciones la de proteger a los habitantes del territorio en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. De tal suerte, si la retención transitoria persigue proteger a todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal, tal finalidad no sólo no resulta contraria sino que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso.

38. La segunda de las finalidades perseguidas – la protección de los derechos e intereses del propio sujeto transitoriamente incapaz o excesivamente exaltado respecto de sus propios actos -, también aparece como constitucional. Sin embargo, en este caso la necesidad sólo será una necesidad imperiosa cuando se trata de proteger de sus propios actos a personas que aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio (como los menores), o que se

encuentran en situaciones (temporales o permanentes) de debilidad de voluntad o de incapacidad, hasta el punto en el cual puede razonablemente sostenerse que no tienen conciencia o capacidad para actuar de conformidad con sus verdaderos intereses. Si no fuera esta la circunstancia, la finalidad sería inconstitucional ”.

[122] Sentencia C-720 de 2077 M.P. Catalina Botero Mariño: “ 63. Como ha sido reiteradamente expuesto, existen algunas hipótesis en las cuales se requiere con urgencia la intervención de las autoridades administrativas para evitar que personas embriagadas o altamente exaltadas pongan en riesgo sus derechos o derechos de terceros. En estos casos, las autoridades de Policía podrían acudir a cualquiera de las medidas alternativas que fueron mencionadas en Fundamentos anteriores de esta decisión o a las otras que se encuentren consagradas en las normas de Policía. Una de tales medidas, la más extrema, es la conducción de la persona a un centro de protección. Como ya fue mencionado, esta medida sólo puede ser adoptada en casos absolutamente urgentes en los cuales no exista ninguna otra medida alternativa que sirva para proteger derechos fundamentales de la importancia del derecho a la libertad que se restringe. Se trata, por ejemplo, de proteger a personas que deambulan habiendo perdido la conciencia o que se encuentran evidentemente en un estado de incapacidad transitoria que las hace altamente vulnerables. Sin embargo, en estos casos la persona debe ser puesta en lugar idóneo para brindar la protección requerida y en todo momento debe ser advertida de sus derechos.

Adicionalmente, debe poder comunicarse de manera permanente con sus allegados o con un apoderado – si así lo considera – y la decisión policial debe estar ampliamente motivada y ser comunicada de inmediato a los allegados de la persona afectada y a una autoridad civil encargada de velar por los derechos de esta persona. Sólo de esta manera se garantiza que la actividad de protección no dé lugar a actuaciones arbitrarias que incluso terminan afectando drásticamente la propia legitimidad de las instituciones comprometidas ”.

[123] Sentencia C-720 de 2077 M.P. Catalina Botero Mariño: “ Cuarto.- En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición ”.

[124] M.P. María Victoria calle Correa. [125] Decreto 2241 de 1986. [126] Sentencia C-879 de 2011 M.P. Humberto Sierra Porto citando la sentencia T-518 de 1992, que posteriormente fue reiterada en la sentencia C-741 de 1999 (AV Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Fabio Morón Díaz) en los siguientes términos: “ La libertad de locomoción, ha dicho la Corte, es un derecho fundamental en cuanto afecta la libertad del individuo, cuyo sentido más elemental, ‘...radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y espacios públicos’ (…)”.

[127] Sentencia C-879 de 2011 M.P. Humberto Sierra Porto citando la sentencia T-150 de 1995: “[el] legítimo ejercicio del derecho a la circulación se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la independencia física del individuo ”; sentencia T-301 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, sentencia C-046 de 2001 M.P.

Álvaro Tafur Galvis, C-110 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-438 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-518 de 1992 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa;

Sentencia T-224 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. [128] Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 “ Artículo 22. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7.

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros .” [129] Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 “ Artículo 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley; sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto ” [130] La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 también contempla este derecho en su artículo 13 “ 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2.

Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país ”. [131] Sentencia T-257 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero: “ La Constitución faculta al legislador para establecer limitaciones a la libertad de locomoción. Estas pueden ser necesarias cuando el orden público se encuentre gravemente alterado. Igualmente pueden justificarse, entre otras, por razones de planeación rural o urbana, por motivos culturales o para proteger zonas de reserva natural. La misma Constitución prevé un tratamiento especial para el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (art. 310). De la Constitución también se derivan obvias restricciones a esa libertad en la propiedad privada (art. 58), y en los resguardos indígenas (arts. 319 y 330), ya que estas normas establecen que la propiedad de los resguardos es colectiva y no enajenable y facultan a los Consejos Indígenas para velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. Y en las zonas de reserva natural, como se deduce de la norma constitucional que protege el derecho al ambiente sano (art. 79), con la preservación de las áreas de especial importancia ecológica ”.

[132] Sentencia C-879 de 2011 M.P. Humberto Sierra Porto; T-518 de 1992 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [133] Sentencia T-202 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[134] Sentencia T-066 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara. [135] Sentencia C-885 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa. [136] Sentencia C-350 de 1933 Sentencia T-1117 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[137] Sentencia T-031 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño. [138] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [139] Sentencia T-708 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Sentencia T-192 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, Sentencia T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[140] Sentencia T-604 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [141] Sentencia T-296 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa. [142] M.P. Juan Carlos Henao. En la sentencia la Corte Constitucional cambió su acercamiento al trabajo sexual ya que si bien la Corte mantuvo su posición hasta el momento en relación con los deberes del Estado de disminuir los efectos nocivos de la prostitución y los límites a su fomento, protegió los derechos a la igualdad, al trabajo y al fuero materno de una trabajadora sexual. En esa oportunidad esta Corporación caracterizó la prostitución como un trabajo y una actividad económica legítima cuando se ejerce en condiciones de voluntad y en ese orden de ideas, consideró que la protección que se desprende del derecho al trabajo también se extiende a los trabajadores sexuales, no sólo a los que trabajan por su propia cuenta, sino también a aquellos que trabajan por cuenta ajena, lo que no constituye un objeto o causa ilícita del contrato laboral entre el trabajador sexual y el establecimiento de comercio donde ejerce la actividad. (Análisis tomado de la sentencia T-736 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[143] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [144] Ley 599 de 2000. “ Artículo 213 . Inducción a la prostitución. Modificado por el art. 8, ley 1236 de 2008. 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 dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes .

(…) Artículo 213-A . Proxenetismo con menor de edad. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución. Modificado por el art. 9, ley 1236 de 2008. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 215 . Trata de personas. Derogado por el art. 4, Ley 747 de 2002 El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(…) Artículo 217. Estímulo a la prostitución de menores. Modificado por el art. 11, ley 1236 de 2008. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Artículo 217-A. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

PARÁGRAFO. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero. 2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado.

3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley. 4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.

5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima. Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

Artículo 219. Mediante el art. 23 de la Ley 1336 de 2009, el artículo 219 recupera su vigencia así: Turismo sexual. El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años. [145] Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949; Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (Aprobado por Colombia mediante la Ley 51 de 1981 y ratificado el 19 de enero de 1982); Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Aprobado mediante Ley 984 de 2005 y suscrito el 27 de enero de 2007. La constitucionalidad de este Protocolo se estudió en la sentencia C-322 de 2006); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente en Mujeres y Niños (Adoptados por Colombia mediante la Ley 800 de 2003).

[146] Resolución 2118 de 2005 de la Asamblea general de Naciones Unidas [147] Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970. “ Artículo 179.- El solo ejercicio de la prostitución no es punible.

” [148] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 87. [149] Rubio, Mauricio. Viejos verdes y ramas peladas: Una mirada global a la prostitución, Universidad Externado, 2010. P. 289. “ No se puede desconocer que el término prostitución tiene connotaciones negativas. En una de sus acepciones prostituir significa “deshonrar, vender su empleo, autoridad, etc., abusando bajamente de ella por interés o por adulación ”.” [150] Rebecca J Cook & Simone Cusack, Estereotipos de Género:

Perspectivas Legales Transnacionales, Profamilia, 2010. “ Un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (vg. Mujeres, lesbianas, adolescentes). Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g. los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o sus miembros de hecho, poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el sólo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con una visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo .” [151] Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[152] Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En Documento “ Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009 ” folio 101-102, tercer cuaderno: “Y , valga destacarlo, por esto también resulta explicable que en el Documento denominado `Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de

Prostitución, Marzo 30 de 2009´, en la `mesa´ de normatividad y derechos se haya dicho entre otras cosas, que no ha existido un lenguaje común en relación a la prostitución, `ya que no se puede hablar de Derechos Humanos cuando se desarrolla un oficio como la prostitución´ . O que en la encuesta realizada por el Distrito en los conversatorios de `Hablemos de prostitución en Bogotá´ como parte del plan de desarrollo Bogotá Positiva 2008-2012, con un grupo diverso pero inclusivo de mil entrevistados, comprendidos todos los actores de la prostitución como actividad , cuyos resultados se trajeron al proceso, un 36% estimaran que las mujeres en situación de prostitución no pueden ´nunca (…) quejarse de abuso sexual o violación´, porque esto hace parte de su trabajo por el cual `reciben un pago´ , con lo que se está diciendo que quienes ejercen la actividad, son sujetos que no tiene ni honra ni pudor sexuales, y que pueden ser agredidos y violentados, es decir que, no preservan su dignidad moral por el hecho de vender servicios sexuales. Por esto, en fin, un 42% de aquellos afirma que `una persona en situación de prostitución nunca podrá ser buena madre´, lo que significa la negación a priori de un derecho inherente al desarrollo de la personalidad, consistente en reproducirse y formar una familia (arts 16 y 42 CP), fundada en el único supuesto de la actividad a la que el sujeto en cuestión se dedica. Una apreciación que resulta aún más impactante, en cuanto que, según indican otros estudios del Distrito capital, la mayoría de las mujeres dedicadas a la prostitución son madres cabeza de familia ".

[153] Ley 902 de 2004. " Artículo 1°. El artículo 15 de la Ley 388 de 1997 quedará así: (…) Parágrafo 2°. Los planes de ordenamiento territorial de los municipios y distritos, no podrán establecer usos compatibles entre servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, con usos para vivienda y dotacionales educativos. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en un término no mayor de sesenta (60) días ." [154] Código Nacional de Policía.

Decreto 1355 de 1970. " Artículo 178.- Modificado por el Decreto 522 de 1971, Artículo 120. Ejerce la prostitución la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, para satisfacción erótica de otras varias, con el fin de asegurar, completar o mejorar la propia subsistencia o la de otro.

El Estado utilizará los medios de protección a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida.

[155] Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970. " Artículo 180.- Las asambleas departamentales o los concejos podrán reglamentar lo relativo a la prostitución sujetándose a los preceptos de ese estatuto y a los reglamentos que dicte el gobierno nacional ." [156] Artículo 42.

[157] Artículo 84. [158] Ver fundamento 35 de la sentencia T-736 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [159] La Sentencia T-629 de 2010 recogió en detalle la regulación de la prostitución hasta ese momento, así:

"67. Del estudio de la normatividad internacional, así como de la legislación penal, urbanística y de Policía que de manera explícita y específica regulan la prostitución en Colombia y en el Distrito Capital, se encuentran como claves de la ordenación jurídica de la prostitución las siguientes: i) Se reprime con sanción penal desde la mera inducción a la prostitución de otro, con fines de lucro económico u otro beneficio; ii) lo anterior, por cuanto la prostitución suele estar relacionada con la trata de personas humanas con fines de explotación; bajo ese contexto o de cualquier otra forma de crimen organizado, la prostitución debe reprimirse; iii) no obstante, corresponde a los Estados la protección sanitaria, humanitaria y asistencial de la persona sexualmente explotada; iv) no es, por otra parte, punible ni perseguible el "sólo ejercicio de la prostitución", v) ni lo es la existencia y el funcionamiento de establecimientos de comercio en los que se ejerce la prostitución.

Es decir, que el Derecho prohíbe que alguien induzca a otro a prostituirse para obtener lucro, con independencia de que lo sea con persona plenamente capaz, consciente y que acepta voluntariamente la transacción; prohíbe naturalmente todo acto por el cual se fuerce a la prostitución a personas en condición de vulnerabilidad cualquiera. Mas no prohíbe el "sólo el ejercicio" de la misma, es decir que haya personas que presten servicios sexuales por contraprestación económica, ni

que a su vez haya personas interesadas en pagar sumas de dinero u otra prestación valorable económicamente, por tener trato sexual de cualquier naturaleza. Tampoco excluye la posible actuación de los propietarios, tenedores, administradores o encargados de establecimientos dedicados a la prostitución, sobre quienes a cambio de persecución, se les imponen deberes de orden público.

Igualmente, el Derecho no prohíbe la existencia de zonas en las que se ejerza la prostitución, prohíbe sí que lo sea en áreas del suelo urbano no delimitadas para ello; el Derecho protege a quien ejerce la prostitución con medidas de salud pública, pero al mismo tiempo impone al Estado el deber de promover su erradicación y de rehabilitar a quien se desempeña como trabajador sexual.

Se trata pues de un sistema dispar que bien refleja las tendencias de la tradición jurídica frente a la prostitución. Medidas prohibicionistas, abolicionistas y reglamentarias que operan al mismo tiempo, que no siempre dialogan, ni se miden según sus resultados, esto es, según el nivel de protección o desprotección de los derechos y bienes que se afectan (de los trabajadores sexuales, de sus familias, de la ciudadanía, del espacio público, de la convivencia ciudadana, de los propietarios de los establecimientos). En todo caso, se configura así un régimen animado por la pretensión de corrección del Derecho, que actúa en pos de la dignidad y la libertad y de la eliminación de cualquier forma de explotación humana y de la mujer. De allí la tensión permanente entre la tendencia a erradicar la actividad a través de la prohibición y la punición de conductas y la que apunta por otro lado a reconocer derechos para las personas que la ejercen y a legalizar explícitamente la actividad en general .” [160] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 77. “ Saturnino Sepúlveda plantea que en el negocio se mueven gentes de todos los estratos socioeconómicos, pero enfatiza que los factores determinantes para que las personas se integren al comercio sexual(principalmente en la oferta) son las condiciones precarias en materia económica, donde se evidencia la prostitución de las clases menos favorecidas como campesinas, la población negra e indígena, sumado a la nueva modalidad de mujeres de clase alta que ya pagaban por servicios sexuales para la época de la década de los 1970 – como ya se mencionó -”.

[161] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 222. “ Otro factor asociado al cliente es el que tiene que ver con la economía. El valor de cambio, el precio o tarifa bajo o alto, depende de la ubicación geográfica en cuanto a la estratificación de la prostitución, ya que está condicionado por el cliente por los servicios sexuales que se ofertan. El pago promedio del cliente por los servicios sexuales (al establecimiento) fue de $53.353, sin embargo, es preciso aclarar que un 70,28% de las 352 trabajadoras sexuales encuestadas, distribuidas en todos los rangos de edad, recibieron menos de $50.000, además, de esta suma se deduce la parte correspondiente al establecimiento, y en ocasiones el costo de la habitación ”.

[162] Sentencia T-562 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo. [163] Sentencia T-804 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [164] Sentencia T-141 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa.

[165] Sentencia T-363 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [166] Sentencia T-030 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [167] Sentencia T-789 de 2013. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[168] Sentencia T-349 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. [169] Winston v. Salt Lake City Police Department, et. al. Disponible en: https://www.aclu.org/cases/winston-v-salt-lake-city-police-department-et-al (consultado el 11 de octubre de 2016).

[170] Floyd, et. al. V. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540. [171] Utah v. Strieff, 579 U.S. (2016). [172] The Association for Civil Rights in Israel v. Ministry of Transport.

Disponible en: http://www.acri.org.il/en/2008/03/17/wednesday-acri-to-urge-court-to-outlaw-racial-profiling-at-airports/ (consultado el 11 de octubre de 2016).

[173] Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. “ Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido ; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente ; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de en enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

[174] Gillan y Quinton c. Reino Unido, E. Ct. H.R. (2010). 4158/05. [175] Sentencia T-696 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao citando la sentencia T-1430 de 2000: “ En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento ”.

[176] Sentencia T-696 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao citando la sentencia T-401 de 1992: “ La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia ...”.

[177] Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. “ De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.

Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo ”.

[178] Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett “ Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad ”.

[179] Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. “ El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos ” [180] Ver por ejemplo: Auto 009 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva;

Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-754 de 2015 M.P. Gloria Stela Ortiz Delgado. [181] En la sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño se reiteraron los criterios establecidos por la jurisprudencia compilados en la sentencia C-673 de 2001: “ De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, tal es el estándar que, en principio, corresponde aplicar cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión ”.

[182] En la sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño se reiteraron los criterios establecidos por la jurisprudencia compilados en la sentencia C-673 de 2001: “ Dicho estándar ha de aplicarse, según lo establecido por esta Corte: 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia ”.

[183] Sentencia C-720 de 2007 M.P. Catalina Botero Mariño. [184] Folio 77. [185] Folio 75. Código de Policía de Bogotá. “ Artículo 47.- Comportamientos de quienes ejercen prostitución. Quienes ejercen prostitución deben observar los siguientes comportamientos para la protección de la salud y de la convivencia:

Portar el documento de identidad y el carné de afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud; Asistir al servicio de salud para las actividades de promoción de la salud y prevención de enfermedades, así como en caso de enfermedad o embarazo, Para el desarrollo seguro de su actividad, observar los medios de protección y las medidas que ordenen las autoridades sanitarias.

Colaborar con las autoridades sanitarias que ejercen la prevención y el control de las enfermedades de transmisión sexual y atender sus indicaciones;

Participar, por lo menos veinticuatro (24) horas al año, en jornadas de información y educación en salud, derechos humanos y desarrollo personal, las cuales serán certificadas por la Secretaría Distrital de Salud, el Departamento Administrativo de Bienestar Social o las entidades delegadas para tal fin;

Realizar el ejercicio de prostitución en las condiciones, sitios y zonas definidos por el Plan de Ordenamiento Territorial POT y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten;

Cumplir las reglas de convivencia ciudadana y respetar la tranquilidad, bienestar e integridad de las personas vecinas y de los peatones; En ningún caso realizar este trabajo si se vive con la infección por VIH o padece otra enfermedad de transmisión sexual;

No realizar exhibicionismo en el espacio público y/o desde el espacio privado hacia el espacio público. PARÁGRAFO. La inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código ”.

[186] Folio165 cuaderno de revisión. [187] Folio 89. [188] Folio 179, cuaderno de revisión. Resolución 158 de 2004. [189] Folio 98. [190] Acuerdo 79 de 2003, Código de Policía de Bogotá. Artículo 146.

[191] Acuerdo 79 de 2003, Código de Policía de Bogotá. Artículo 147. “ Procedencia de la conducción como medida de protección. Los miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., podrán, como medida de protección, conducir a la persona que deambule en estado de indefensión o de grave excitación con peligro para su integridad o la de otras personas, a su residencia o al centro hospitalario o de salud más cercano, según sea necesario y hasta tanto cese el peligro.

En caso de estado de indefensión o de grave excitación con peligro para su integridad o la de otras personas, si quien va a ser conducido se niega a dar la dirección de su domicilio, como medida de protección, podrá ser conducido a la Unidad Permanente de Justicia, donde podrá permanecer hasta veinticuatro (24) horas, bajo la responsabilidad y cuidado estricto de la autoridad encargada de dicha unidad. En ningún caso las personas conducidas en las condiciones de este artículo compartirán el mismo sitio con quienes estén presuntamente comprometidos por causas penales ”.

[192] Sentencia C-720 de 2008 M.P. Catalina Botero Mariño. [193] EDELMAN, Elijah Adiv. “This Area Has Been Declared a Prostitution Free Zone”: Discursive Formations of Space, the State, and Trans “Sex Worker” Bodies.

Journal of Homosexuality. Volume 58, Issue 6-7 (2011), pp, 848-864. [194] Folio 166, Cuaderno de revisión. [195] Folio 165, Cuaderno de revisión.

[196] Folio 232, Cuaderno de revisión.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 5 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.