COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/629/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/629/10
Expediente	—
Fecha	2009-04-20
Sala	Sala de
Magistrado ponente	Dr JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Instaurada Contra Bar Discoteca/Igualdad En La Constitucion
- Prostitucion En El Derecho Positivo Regulacion De La Prostitucion En El Derecho Comparado Prostitucion En El Derecho Internacional Derecho Colombiano Ante La Prostitucion
- Contrato Laboral Entre Persona Que Ejerce La Prostitucion Y Establecimiento De Comercio
- Trabajadoras Sexuales Y Trabajadores Sexuales
- Legitimacion Por Activa En Su Condicion De Madre Cabeza De Familia Trabajadora, Gestante Y Lactante
- Legitimacion Por Pasiva En Tutela Contra Bar Discoteca

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Pieza clave para la interpretación y aplicación de derechos fundamentales actividad lícita, y si en caso afirmativo puede ser ejercida por cuenta ajena y observa es un reconocimiento de lo muy especialmente tratada que ha de ser en

Texto completo

T-629-10 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-629/10 ACCION DE TUTELA INSTAURADA CONTRA BAR DISCOTECA/IGUALDAD EN LA CONSTITUCION -Reiteración IGUALDAD, DESIGUALDAD Y DISCRIMINACION EN LA CONSTITUCION NATURALEZA JURIDICA DE LA IGUALDAD TIPOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD SIGNIFICADO RELATIVO Y RELACIONAL DE LA IGUALDAD JUICIOS DE IGUALDAD FORMAS DE NEUTRALIZAR LA DISCRIMINACION Y GARANTIAS DE IGUALDAD MATERIAL PARA LOS SUJETOS VICTIMAS DE ELLA IGUALDAD -Como pieza clave para la interpretación y aplicación de derechos fundamentales PROSTITUCION -Análisis de la forma en que se ordena el fenómeno por el derecho PROSTITUCION EN EL DERECHO POSITIVO REGULACION DE LA PROSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO PROSTITUCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DERECHO COLOMBIANO ANTE LA PROSTITUCION -Normas explícitas y específicas PROSTITUCION -Análisis respecto a si puede ser considerada o no como una actividad lícita, y si en caso afirmativo puede ser ejercida por cuenta ajena y bajo la forma de contrato de trabajo CONTRATO DE TRABAJO Y PROTECCION DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y EN ESTADO DE EMBARAZO Lo que se observa es un reconocimiento de lo muy especialmente tratada que ha de ser en el Estado colombiano, la mujer en cuanto tal, pero en particular la mujer madre y cabeza de familia, pues el apoyo que debe recibir del Estado tiene fundamento no sólo en el principio constitucional de igualdad contemplado en el art. 13

constitucional, sino que encuentra manifestación concreta los artículos 43 y 44 C.P., como mandatos constitucionales de prestación para el Estado o para los asociados, como derechos sociales fundamentales para sus titulares. Por esto, tal condición subjetiva ha servido para hacer reforzar sus derechos laborales respecto de los demás trabajadores, en el sentido de limitar al empleador su poder de disponibilidad de la trabajadora e incrementar pari passu la estabilidad en el empleo de ésta como forma de protección efectiva de los bienes constitucionales relacionados con ella: derechos de la mujer, derecho a la no discriminación, derechos de los niños, derechos de la familia. Por esto también, la e stabilidad laboral reforzada predicable de la mujer en estado de embarazo o lactancia y de la que es madre cabeza de familia, se puede entender como un avance más en el proyecto constitucional de ser un Estado garante de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas y de que se haga efectivo el trabajo como principio, derecho, deber y libertad, como forma de participar de las oportunidades que ofrece el desarrollo, en ejercicio de sus capacidades y condiciones especiales.

Pues bien, una vez reconocidas las características sustanciales con que se describe desde el Derecho constitucional y legal el contrato de trabajo, así como la importancia de la protección a la mujer cabeza de familia y en estado de embarazo –situación relevante en el caso concreto- pasa la Corte a determinar si aquél puede amparar la actividad económica que realiza un trabajador o trabajadora sexual en los establecimientos de comercio dedicados a ello, o si por el contrario, como lo afirmaron las jueces de instancia, tal acuerdo es imposible por ilicitud de su objeto y no cabe ninguna garantía.

CONTRATO LABORAL ENTRE PERSONA QUE EJERCE LA PROSTITUCION Y ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO -Una conclusión inexorable desde los principios constitucionales de libertad, dignidad e igualdad Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas sí proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello. Más aún cuando desde el punto de vista del juicio de igualdad y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado, no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. Todo lo contrario según el artículo 13 C.P. y las demás cláusulas de diferenciación subjetiva que la Carta y la jurisprudencia constitucional han reconocido (art. 53, 13, 43, 44 CP). Esto en la medida en que la pretendida finalidad legítima con que se quisiera negar la licitud y exigibilidad de un contrato laboral entre persona prostituida y el propietario de prostíbulo o local donde se ejerce, está soportada en criterios que por sí mismos no hacen posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de derechos, obligaciones, responsabilidades; o sea porque al desconocerlo sólo se favorecen los intereses del empresario de la prostitución, con consecuencias excesivamente gravosas para quien presta efectivamente el servicio. Pero también aparece contrario a la igualdad constitucional el desconocimiento del Derecho laboral para los y las trabajadores sexuales, porque con esta medida se restringen derechos fundamentales (al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y ante todo a ganarse la vida, al trabajo, a recibir una remuneración justa y equitativa) y se afecta de manera desfavorable a una minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta.

De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visibilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la

económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo y de derecho al progreso.

RESPETO LABORAL A TRABAJADORAS Y TRABAJADORES SEXUALES Bajo estos supuestos, es del caso concluir que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del "contrato realidad", esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto. De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta, de este modo se protege sin discriminaciones ex ante al trabajador sexual. Por un lado, una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección. Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible.

TRABAJADORAS SEXUALES Y TRABAJADORES SEXUALES -No se deben discriminar pues tienen los mismos derechos de las personas que cumplen cualquier otra labor LEGITIMACION POR ACTIVA EN SU CONDICION DE MADRE CABEZA DE FAMILIA TRABAJADORA, GESTANTE Y LACTANTE -Caso en que pertenece a un grupo históricamente discriminado, digno de protección especial por parte del Estado Esta Sala de Revisión, recogiendo una tradición de la jurisprudencia de tutela, pero también haciendo efectiva una de las señas de identidad del Estado constitucional, estima que la acción ejercida por doña LAIS es procedente porque así lo determina la condición de prostituta que asume como base para su petición de amparo. El plantearse como trabajadora en tal oficio, la ubica en un grupo discriminado históricamente, que por lo mismo la hace merecedora del status jurídico iusfundamental de sujeto de especial protección por parte del Estado. En suma, la acción de tutela es procedente por activa, porque doña LAIS, por el trabajo al que se dedicó y por el que reclama la protección de sus derechos fundamentales laborales, está ubicada en una condición de inferioridad que impone la intervención del Estado, representado aquí por el juez constitucional, para concebir una solución a su caso, si a ello hay lugar. Se trata de una legitimación que, soportada en el sólido discurso de la libertad, la dignidad y la igualdad constitucionales, le procure las medidas que ameritan este tipo de casos, para remediar, compensar, emancipar y corregir la situación indigna que haya podido sufrir.

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA CONTRA BAR DISCOTECA -Caso en que se determina quién es la persona jurídicamente responsable de la obligación laboral creada DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES DE LA MUJER EMBARAZADA O LACTANTE O MADRES CABEZA DE FAMILIA -Hechos exigidos en la jurisprudencia laboral se encuentran acreditados CONTRATO REALIDAD EN CASO DE TRABAJADORA SEXUAL La Sala concluye que desarrolló una actividad personal como trabajadora sexual y en la prestación de otros menesteres al servicio del bar, durante los meses de febrero de 2008 y marzo de 2009, tareas realizadas de manera continuada y sujetas a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales y a las demás tareas desempeñadas para la comercialización, organización y limpieza del bar, todo ello a cambio de una retribución económica. Esto es, que se configuró un contrato realidad cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión en el proceso de tutela, salvo en lo que hace a la fecha de despido, pero cuya existencia se acredita de manera

suficiente para reconocer la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA Establecida la existencia del contrato de trabajo, no resta a la Sala más que reiterar su apreciación sobre la concurrencia de todos los elementos fácticos necesarios para establecer el despido injusto por causa del embarazo. En efecto, en el presente asunto se ha probado que i) el despido de la señora del bar, tuvo lugar durante su embarazo; ii) que a la fecha del despido, esto es, para el 26 de marzo de 2009, el empleador directamente y también representado en sus administradores, tuvo conocimiento pleno de la existencia del estado de embarazo, como hecho notorio y del que los administradores del bar dan entera cuenta; iii) que el motivo del despido se fundó de modo expreso, reconocido y cierto, precisamente en su estado de embarazo; iv) que no existió ni se contempló siquiera la necesidad de requerir permiso del inspector de1trabajo y, v) que el despido afectó el mínimo vital de la actora y de su familia.

FUERO DE MATERNIDAD DE TRABAJADORA SEXUAL -Ordenes que se dan En atención al estudio probatorio que precede, pero también a las conclusiones generales sobre la situación de los y las trabajadoras sexuales, su derecho a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación y en desarrollo de lo anterior, su derecho a que se apliquen los principios de primacía de la realidad sobre las formas, la protección especial que ex constitutione se confiere a la madre trabajadora gestante, lactante, cabeza de familia, la Corte encuentra necesario dictar dos tipos de órdenes o resoluciones. Unas relacionadas con la actora (a.), otras con las autoridades con funciones de policía. Probada como está la relación laboral que sostuvo con el bar, probado que la actora fue despedida de su trabajo en su quinto mes de embarazo y que el despido tuvo como causa tal condición física, visto que lejos de estimar la necesidad de pedir autorización al inspector del trabajo su despido por razón del embarazo se encontró enteramente justificado, la Sala revocará la decisión del Ad quem, que confirmó en todas sus partes el fallo del A quo. En su lugar ordenará revocar el numeral primero de la sentencia de 4 de mayo de 2009 proferida por el Juzgado, por medio del cual se denegaron las súplicas de la demanda de tutela. A cambio, la Sala ordenará como forma de reparar los derechos fundamentales conculcados y de proteger su derecho a la igualdad, la indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días de que trata el artículo 239, num 3º C.S.T. Igualmente se impondrá el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata 236 del C.S.T. (modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990) que, como en el caso anterior, correrán por cuenta del empleador en la medida en que el mismo no vinculó a la seguridad social, como correspondía en razón de su contrato de trabajo. Y ante la ausencia de una clara definición del salario convenido, la estimación pecuniaria de las órdenes anteriores se calculará teniendo como base el salario mínimo legal vigente al momento del despido de la señora. Ahora bien, por la falta de certidumbre sobre las fechas exactas en que tuvo ocurrencia la relación laboral de la actora con el establecimiento de comercio, y también ante la presunta solución de continuidad que se habría podido presentar en esta relación durante algún tiempo, también en aplicación del principio de igualdad formal, no puede el juez constitucional reconocer otros derechos, prestaciones e indemnizaciones reclamados por la actora, y a las que podría haber lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

EXHORTO A LAS AUTORIDADES DE POLICIA EN CASO DE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES SEXUALES Además de las determinaciones necesarias que el caso de la señora LAIS amerita, estima la Corte también indispensable hacer requerir la participación de diferentes autoridades, para que en el marco de sus competencias adopten las medidas necesarias tanto para asegurar el cumplimiento de las órdenes concretas del caso, como el adelanto de las acciones necesarias para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, del Derecho internacional, legales y de carácter administrativo que deben regir la prostitución como fenómeno social tolerado.

al ser la prostitución una actividad cuyo ejercicio no está prohibido, ni para quien la ejerce, ni para quien tiene un establecimiento de comercio dedicado a ella, están unos y otros llamados a desplegar las actuaciones de su competencia

con las cuales se protejan los derechos de estos últimos, pero en particular de quienes ejercen la prostitución, no sólo para cuidar de su salud y abrir sus perspectivas de desarrollo, sino también, para asegurar las garantías laborales que en el caso de trabajar por cuenta ajena merecen.. Lo anterior, con el objeto de evitar que, como se ha evidenciado en el caso de y en los estudios que el mismo Distrito presentó en el proceso, las y los trabajadores sexuales sigan siendo sólo cifras y datos en las estadísticas y encuestas, sujetos discriminados y sometidos a la indignidad de no merecer la protección del Estado que operaría con cualquier trabajador de actividad lícita en sí misma, víctimas por regla, de una invisibilización en sus derechos económicos y sociales fundamentales, estimada en esta providencia inadmisible e ilegítima.

Actuación ésta que, estima la Sala, no se puede posponer y cuya realización debe operar irremediablemente, de modo paralelo a las políticas y acciones de rehabilitación y prevención existentes.

DERECHO A LA IGUALDAD DE TRABAJADORA SEXUAL -Se ordena como forma de reparar los derechos fundamentales conculcados y de proteger su derecho a la igualdad, la indemnización equivalente a 60 días de salarios y las 12 semanas de salario como descanso remunerado a que tiene derecho.

IGUALDAD Y FUERO DE MATERNIDAD DE TRABAJADORA SEXUAL -Aplicación de lo dispuesto en los artículos 239 y 236 del CST Referencia: expediente T-2384611 Acción de tutela instaurada por LAIS contra el Bar Discoteca PANDEMO, de propiedad del señor ZOTO [1] .- Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diez (2.010). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados JORGE IVAN PALACIO PALACIO, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA dentro del trámite de revisión de los fallos emitidos por los Juzgados 63 Penal Municipal y Quinto Penal del Circuito de Bogotá, con ocasión de la acción de tutela promovida por la señora LAIS.

I. ANTECEDENTES 1. La demanda de tutela La señora LAIS instauró acción de tutela contra el bar PANDEMO, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

1.1. Los hechos de la demanda 1.1.1. Según la afirmación de la actora del proceso, ingresó a laborar como prostituta en el bar PANDEMO, el día 9 de febrero de 2008, “mediante contrato de trabajo verbal e indefinido”, en horario de tres de la tarde a tres de la mañana, con descanso un domingo cada 15 días y salario de conformidad con los servicios prestados por venta de licor. Así laboró hasta el 16 de enero de 2009.

1.1.2. El día 1º de diciembre de 2008, la actora le informó a su empleador, señor ALF, de su estado de embarazo. Este le indicó que siguiera laborando normalmente con el horario de costumbre.

1.1.3. El día 17 de enero del 2009 la actora informó al empleador, que su médico tratante le había indicado que su embarazo era de alto riesgo por esperar mellizos. El empleador le dio entonces la orden de administrar el bar, asignándole como sueldo la suma de $30.000 diarios.

1.1.4. El día 22 de febrero de 2009, el empleador le dio la orden a otro empleado para que asumiera las funciones de la actora. En ese tanto, nuevamente le cambió de horario, “esta vez de tres de la tarde a tres de la mañana pero esta vez se negó a pagarme sueldo, nuevamente me indicó que el sueldo era lo que devengara por ventas y servicios en BAR” (folio 1).

1.1.5. Así trabajó hasta el día 23 de marzo de 2009. El día 24 de marzo, “yo tenía cita médica a las dos y media de la tarde, la cual le había informado a mi empleador, llegué a laborar a las tres y veinte minutos de la tarde y me devolvió

me [sic] empleador" (folio 1).

1.1.6. El día siguiente 25 de marzo, sigue la actora, "me presenté a laborar y nuevamente me negó el acceso a laborar y el día 26 me comunicó mi empleador que, no había más empleo dado que [por el] estado de embarazo [sic] de alto riesgo (…) ya había contratado a otra persona para desempeñar mi labor que estaba desempeñando" (folio 1).

1.1.7. La actora se dirigió al Ministerio de Protección Social, donde solicitó asesoría frente a su situación y allí le indicaron que elaborara una carta para presentarla al empleador, solicitando se informara de las causas de su despido. La carta la hizo llegar el día 27 de marzo de 2009, mediante correo certificado, sin recibir respuesta hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela.

1.1.8. Igualmente se dirigió a la Defensoría del Pueblo a pedir asesoría, quienes elaboraron una "gestión directa pidiendo a mi empleador una respuesta a los hechos o causas de mi despido". Pero igualmente entonces se negó dar respuesta.

1.1.9. Por ello dice verse obligada a acudir al juez de tutela "como mecanismo transitorio". 1.1.10. "Actualmente me encuentro desempleada y carezco de medios económicos suficientes para afrontar las obligaciones futuras, con el agravante de ser madre soltera cabeza de familia a mi corta edad de 24 años, vivo en una pieza en el Barrio Jerusalen con mi hijo de dos años y medio, somos una familia de escasos recurso [sic] por tanto no me pueden ayudar económicamente; debido a mi despido debo arriendo, no tengo ninguna renta fija, el retiro de mi empleo es una decisión injusta de mi empleador, me afecta mi mínimo vital, vulnerando así mis derechos y los de mi hijo por nacer a quien no puedo brindarle lo necesario" (folio 2).

1.1.11. "Este patrono busca evadir la responsabilidad que la misma constitución política ha puesto en los empleadores frente a la mujer embarazada y consecuentemente frente al HIJO en período de lactancia, a lo anterior se suma el hecho de afectación del mínimo vital". (folio 2).

1.2. Solicitud de tutela y argumentos alegados por la actora Con base en los hechos anteriormente expuestos, la demandante solicita mediante acción de tutela lo siguiente:

1.2.1. Tutelar sus derechos fundamentales a "la seguridad social, vida digna, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana, Mínimo Vital y al fuero materno de lactancia, ante el inminente peligro que corre mi vida y la de mis hijos que está [sic] por nacer, dado que espero gemelos, amén sin permiso del Ministerio de Protección Social" 1.2.2. Que se ordene al representante legal del bar PANDEMO, "que se me reintegre laboralmente a las mismas labores que desempeñaba en el PANDEMO (…) en el mismo cargo, con las mismas condiciones y sitio de trabajo, con pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de ingreso por justa causa y por haberme afectado el mínimo vital mío y el mis hijos [sic] y que me pague los salarios a que tengo derecho, con el sueldo base de cotización y se pague el correspondiente a afiliación completa al sistema de seguridad social en salud y en pensiones de todos los meses laborados y faltantes y de riesgos profesionales los meses que se laboraron y los meses faltantes y la afiliación a Caja de Compensación Familiar por todos los meses laborados y faltantes" (folio 16) 1.2.3. Tales peticiones las formula, luego de señalar que la Constitución protege no sólo la vida en sí misma, como "valor ontológico para el goce y ejercicio de todos los otros derechos". Además de ella contempla la dignidad humana, como forma de expandir y dar significado a la vida (folio 2).

1.2.4. Igualmente indica que según la jurisprudencia, el derecho al mínimo vital se afecta cuando los ingresos familiares no "alcanzan" para cubrir los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia, tanto en lo que hace a la alimentación y vestuario, como a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente (Sentencia T-011 de 1998). Relaciona, así mismo, extractos de jurisprudencia de esta Corte, como la sentencia T-472 de 2002, T-832 de 2000, la T-633 de 2007, en relación con la procedencia de la tutela como mecanismo idóneo para proteger a la mujer embarazada o lactante trabajadora, como forma de asegurar su mínimo vital y el de su hijo (folios 3-15).

1.3. La actuación procesal en primera y segunda instancia 1.3.1. Mediante auto de 20 de abril de 2009, el juzgado sesenta y tres penal municipal admitió la demanda de tutela (folio 26).

1.3.2. Notificación del auto admisorio de la demanda al representante legal del bar PANDEMO (folio 27). 1.3.3. Contestación de la demanda suscrita por el señor ZOTO, como representante legal y propietario del Bar Discoteca PANDEMO (folios 28-30).

1.3.4. Diligencia de ampliación de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, celebrada con la actora del proceso el día 4 de mayo de 2009 (folios 32-33).

1.3.5. Sentencia de primera instancia del 4 de mayo de 2009 (folio 35-43). 1.3.6. Impugnación a la decisión anterior, presentada por la actora (folio 43, reverso).

1.3.7. Auto de mayo 11 de 2009, por el cual se concede en efecto devolutivo la impugnación presentada por la accionante (folio 41). 1.3.8. Sentencia de segunda instancia del 19 de mayo de 2009 (folios 4-11, segundo cuaderno).

1.4. Intervención de la parte accionada 1.4.1. El señor ZOTO como representante legal y propietario del Bar Discoteca PANDEMO, mediante escrito presentado el 28 de abril de 2009 da respuesta a la tutela impetrada por LAIS.

1.4.2. En primer lugar, aclara que el señor ALF no es el propietario del Bar en mención. 1.4.3. En segundo lugar señala que la accionante "no desempeñaba en el BAR (…) ninguna función como empleada y ejercía las correspondientes acciones propias de una Trabajadora Sexual, prestaba sus servicios de manera INDEPENDIENTE e IRREGULAR y sin recibir de mi parte ningún tipo de remuneración pues visitaba ocasionalmente el establecimiento" (folio 28).

1.4.4. Observa que es un hecho notorio la inexistencia del contrato de trabajo, puesto que no se configuran los requisitos del código sustantivo de trabajo, recalcados por la jurisprudencia.

Para tales efectos cita diversas fuentes, para referirse a la actividad personal del trabajador, a su continuada dependencia o subordinación y a la remuneración, como expresiones de una relación laboral (sentencia C-655 de 1998, art. 22 C.S.T. y sentencia "2005-002" del Tribunal superior de Tunja, Sala laboral) (folio 30).

1.4.5. Y con esto concluye: "Estos eventos señalados no se presentan en el caso aludido, pues como lo manifesté al inicio del presente, las acciones de TRABAJADORA SEXUAL eran prestadas por parte de la señora LAIS (…) de manera INDEPENDIENTE, IRREGULAR Y DISCONTINUA no existía ningún horario definido [sic]" (folio 30).

1.5 Sentencias objeto de revisión 1.5.1. Sentencia de primera instancia 1.5.1.1. Mediante sentencia de mayo 4 de 2009, la Juez 63 Penal Municipal de Bogotá, D.C., resolvió negar la tutela por los derechos impetrados y conceder algunas medidas alternativas que adelante se describen.

1.5.1.2. Estima la juez de instancia, tras conocer la situación fáctica, que "no es jurídicamente posible amparar el derecho al trabajo y ordenar el reintegro porque si bien el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito, se aclara que el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito toda vez que dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres, razón que impide su protección por parte de este Despacho".

1.5.1.3. A renglón seguido dice que no concederá el reintegro pedido, "porque dado las condiciones [sic] propias del caso" que son el estado de embarazo de alto riesgo y el desarrollo de labores nocturnas, se "expondría a riegos [sic] mucho mayores la salud a la madre y al que esta por nacer [sic]" (folio 39).

1.5.1.4. Tampoco reconoce las demás prestaciones y pretensiones dinerarias reclamadas, porque "ordenar esos pagos sería en el fondo aceptar la legalidad del contrato" (folio 39).

1.5.1.5. Sin embargo, admite que las circunstancias que rodean a la actora, ponen de presente "una completa desprotección por parte del Estado", no obstante su condición de "madre cabeza de familia en estado de embarazo y su

núcleo familiar". A tales efectos, trae a colación la sentencia T-323 de 2007, lo previsto en el articulo 2º de la ley 82 de 1993 sobre esta categoría jurídica reconocida a ciertas mujeres, para luego concluir que ellas, como cabeza de hogar, "gozan de una protección constitucional reforzada, lo cual es consecuencia del apoyo que el Estado les brinda y les presta (…)" (folio 40).

Por ello, dice que ordenará a la Secretaría de Integración Social del Distrito, para que apoye a la actora en su núcleo familiar; a la Secretaría de Salud para que preste la atención médica necesaria y con apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para que determine si la actora está en condiciones de trabajar para garantizar el sostenimiento propio y de su núcleo familiar. Finalmente, señala que remitirá copia del fallo al Ministerio de la Protección Social, para que efectúe una vigilancia más cercana a los establecimientos como el del proceso de tutela en estudio, y "en especial para que se designe a un inspector del trabajo para que haga un estudio al caso presentado (…) [por la actora] a fin de concretizar las condiciones en que se hallaba en el Bar PANDEMO para que brinde la asesoría a la tutelante, [y] se establezca si hay lugar o no a acudir a un juez laboral" (folio 41).

Todo lo anterior fue ordenado en la parte resolutiva de la sentencia. (folios 41 y 43). 1.5.2. La impugnación de la sentencia de primera instancia que concede la tutela.

Mediante anotación al manuscrito, en el reverso del folio 43, último de la decisión de la juez de primera instancia, observó la actora lo siguiente:

1.5.2.1. No es ella la que está mintiendo, ni la que está evadiendo la ley. No es ella "la que está violando los derechos de la mujer trabajadora sexual además no soy yo la que exploto laboralmente social y moralmente los derechos de las mismas, como de manera arbitraria se comete en este lugar".

1.5.2.2. Por lo anterior, solicita que se realice una investigación "completa y valedera", tanto para ella como para otras mujeres afectadas por la misma situación.

Solicita que se realice, de ser posible, una audiencia "en la que se presente el señor ALF con la documentación completa del bar, facturas de compra de licor, y se presenten en totalidad los empleados" (folio 43 reverso).

1.5.3. Sentencia de segunda instancia 1.5.3.1. En sentencia de 19 de junio de 2009, el Juzgado Quinto Penal del Circuito, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, confirmando integralmente los razonamientos y órdenes de ésta.

1.5.3.2. Estima la juez de segunda instancia, con base en el derecho positivo, que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales.

1.5.3.3. Señala luego que el problema jurídico por resolver en este asunto, consiste en definir "si el establecimiento de comercio 'Bar Discoteca PANDEMO', vulnera y/o amenaza el derecho fundamental al trabajo de la señora LAIS, quien se desempeña como trabajadora sexual" (folio 5, segundo cuaderno).

1.5.3.4. Comienza por recordar el derecho al trabajo, en su protección del art. 25 CP. También hace referencia al artículo 22 del C.S.T. En seguida, recoge apuntes sobre la protección de la mujer en estado de gravidez, a quien se le garantizan ciertas prerrogativas por su condición. Por ello retoma el art. 43 CP y referencias a sentencias de la Corte constitucional (folio 7, segundo cuaderno), en las que se destaca la misma doctrina de la protección reforzada a la mujer embarazada.

1.5.3.5. Pasa a analizar la labor que desempeñaba la demandante: La prostitución como actividad no punible ni constitutiva de infracción, sujeta a regulación en los tres niveles territoriales y en la que se prevé la "rehabilitación no imperativa mediante la oferta de servicios de salud y capacitación laboral" (folio 8, segundo cuaderno). Indica que también la Constitución prohíbe la esclavitud y la servidumbre, la trata de personas, y consagra la libertad de oficios, pero igualmente protege la libertad, integridad y formación sexuales, incluso con penas privativas de la libertad en caso

de irrespeto. Así persigue el proxenetismo “en sus diversas modalidades”. De tal manera, “la prostitución es una actividad que desarrollan las personas que así lo han decidido en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la cual se ejerce exenta de coacción o incentivo de terceros que pretendan lucrarse, porque de ser afectada dicha libertad, se estaría frente a una conducta merecedora de reproche por parte del Estado” (folio 8, segundo cuaderno).

1.5.3.6. Sobre el caso concreto entonces indica que el “Bar Discoteca PANDEMO, según el certificado de la Cámara de Comercio”, tiene como “actividad económica el expendio de bebidas alcohólicas para consumo dentro del establecimiento, servicios de acompañamiento y masajes, permitiendo a las trabajadoras sexuales ejercer su actividad de manera independiente e irregular ” (resaltado fuera del texto). No obstante, la actora señala que es empleada del Bar y “que su remuneración la obtenía de la venta de licor sin que exista constancia de ello, lo que permite concluir que, el dinero recibido por la demandada era el producto de una bonificación y no la contraprestación establecida como parte integrante del contrato de trabajo” (folio 9). Y por esta misma razón concluye que “no existe elemento probatorio dentro del plenario que permita dar aplicación a la figura del contrato realidad y amparar el derecho al trabajo, pues no se evidencia subordinación en el desarrollo de actividades diferentes a la que realizaba de manera libre e independiente como trabajadora sexual” (folio 9).

Enfatiza que en el proceso “no se logró demostrar la existencia de la relación laboral alegada por la demandante, máxime cuando, reitérase, en el ejercicio de la profesión escogida no puede mediar coacción”. Por ello, apunta que su despacho no puede declararlo y amparar los derechos que de allí podrían derivarse ni siquiera de manera transitoria, no obstante la actora puede acudir a la jurisdicción laboral para tales efectos (folios 9-10, segundo cuaderno).

Por lo demás, retoma textualmente un aparte de la sentencia del a quo , en la que se reconoce que “’el contrato que tenga como objeto la prestación de actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito’”. De tal modo, añade, “la pretensión de la demandante no es viable, debido a que la profesión escogida de manera libre y voluntaria, no puede imponerse a modo de contrato con el establecimiento demandando, por cuanto sería catalogar de legal una relación contraria al ordenamiento jurídico” (folio 10).

En fin, encuentra acertadas las medidas de rehabilitación que adoptó la juez de primera instancia y con ello resuelve confirmar integralmente la sentencia que analiza.

1.6. Pruebas obrantes en el expediente · Copia de la ecografía obstétrica de 14 de enero 2009, en la que se describe el embarazo de la actora (folio 19, cuaderno principal).

· Carta del 2 de abril de 2009, suscrita por la Coordinadora de la Unidad de Asesoría y consulta de la Defensoría del Pueblo, dirigida al señor ALF, de quien se indica ser el representante legal del Bar Discoteca PANDEMO, con firma de recibido del señor ELO (folios 20-21).

· Factura cambiaria de transporte de la empresa Envía , del 27 de marzo de 2009, en el que se da cuenta de un documento remitido por la actora al señor ALF, dirección Carrera XX No. XX-XX (folio 22).

· Carta del 27 de marzo de 2009, suscrita por la actora al señor ALF, en la que la primera solicita explicar la causa de la terminación de su trabajo, no obstante tener conocimiento de su estado de embarazo (folio 23).

· Nota al manuscrito de la accionante, en la que señala como “personas que pueden certificar mis funciones: SERA y DELFE (folio 24). · Diligencia de ampliación de los hechos que dieron lugar a la acción, efectuada por la Juez de primera instancia el día 4 de mayo de 2009, en la que la actora precisó trabajar en el bar desde el día 9 de febrero de 2008, momento en el cual estaba de administradora la señora BOREAL, quien le explicó las reglas del trabajo, según las cuales la falta de asistencia entre el día lunes a sábado generaba multa de $50.000, $30.000 si es domingo, además de la

pérdida de dos domingos de descanso. Prestaba servicios de venta de licor, acompañamiento y servicios sexuales. Por venta de licor ganaba por botella $20.000 y por media $10.000, por cuarto $5.000 y por trago $2.000. Por servicios sexuales 20 minutos costaban $21.000, de los cuales $12.000 eran para ella y el resto para el bar. Por media hora se cobraban $31.000 de los cuales $17.000 eran para ella. Y si era una hora que costaba $65.000, $22.000 eran para ella. La jornada de trabajo era de 3 pm. a 3am, de lunes a sábado. El domingo era de 12 m a 10 pm. Indicó además que ninguna de las personas que trabajaban en el negocio estaban vinculadas a la seguridad social.

Señaló que por ella y su familia sólo respondía la actora misma, por cuanto su marido se encontraba en la cárcel. Ella y su hijo estaban inscritos en el SISBEN, nivel 1, según carnet que muestra en la diligencia. Ante la pregunta sobre qué otras actuaciones adelantó antes de interponer la tutela, responde que acudió en primer lugar a un CAI donde le indicaron ir al Ministerio de Protección Social.

Allí le hicieron el oficio de 27 de marzo. Ante la falta de respuesta del bar, la remitieron a la Defensoría del Pueblo de donde se envió otro oficio que tampoco fue respondido. Por ello acudió a la tutela. Posteriormente señala que el 1º de diciembre de 2008 le comentó a una compañera que estaba embarazada y luego en compañía de la señora BOREAL compraron la prueba que dio positivo. El 14 de enero el medico tratante le dijo que tenía un embarazo gemelar de alto riesgo. Conocida esta situación por el señor ALF, decidió cambiarle el turno y el sueldo. Así tenía la obligación de abrir el bar a las 12 m., hacer el aseo, “tarjetear a los clientes”, es decir, invitarlos a que siguieran al bar, todo por un valor de $30.000 diarios, hasta el 26 de marzo, fecha en que la despidieron. Indica finalmente, tras leer la contestación de la demanda que aunque el señor ZOTO es quien aparece como representante legal del Bar, a él nadie lo conocía. Añade que conocía a Don Pedro y que con el señor ALF sí existía subordinación pues el daba órdenes y ella tenía que cumplirlas.

Finalmente el juzgado deja constancia de que se comunicó telefónicamente con las señoras indicadas por la accionante como testigos de su actividad, quienes “manifestaron que no podían asistir a dar su testimonio” (folios 33-34).

· Copia del carné del SISBEN a nombre de la actora (folio 34). · Certificado de existencia y representación del establecimiento de comercio BAR DISCOTECA PANDEMO, de 13 de marzo de 2009.

Propietario: ZOTO, CC. ###, NIT: En trámite. Actividad económica: “EXPENDIO DE BEBIDAS ALCOHOLICAS PARA EL CONSUMO DENTRO DEL ESTABLECIMIENTO SERVICIOS DE ACOMPAÑAMIENTO SERVICIOS DE MASAJES” (folio 31).

1.7. Actuación en sede de revisión y pruebas recaudadas 1.7.1. Mediante auto de 22 de enero de 2010, la Sala, considerando necesario “allegar al expediente pruebas suficientes a fin de determinar si los hechos en los que se fundamenta la demanda son ciertos y por cuya ocurrencia se derivó la vulneración de derechos fundamentales que se alega” (folio 10, tercer cuaderno), ordenó citar tanto a la accionante como al accionado para que rindieran declaración de parte, así como a las señoras SERA y DELFE, señaladas por la actora dentro de los documentos de la demanda de tutela. También, fueron citados de oficio los señores ALF y BOREAL, mencionados por la actora en ejercicio de la acción. En ese tanto, suspende los términos del proceso (Acuerdo 05 de 1992, artículo 57), hasta la práctica y evaluación de las pruebas decretadas [2] .

1.7.2. Con relación a la citación del señor ZOTO, el citador de la Corte constitucional, señor Jhon Eder Miranda Rodríguez, en informes de 1º y 5 de febrero de 2010, señala que según la administradora del bar, señora BOREAL telefónicamente “dio la orden de no recibir nada para el señor ZOTO porque no lo conocen” (folios 21 y 22).

1.7.3. Declaración de parte de la actora, recibida el día 19 de febrero del año 2010 (folios 23-26, tercer cuaderno). Aporta, como prueba de sus afirmaciones relacionadas con las medidas adoptadas por la Administración, lo que sigue:

- Ficha de servicios prestados por la Subdirección de Integración Social, durante los meses de enero-marzo, junio-diciembre 2009 (folio 27). - Oficio de la Comisaría 19 de Familia, dirigido a la ARS ECOOPSOS SISBEN, para que certifique detalladamente el estado de salud, crecimiento y desarrollo, esquema de vacunas y reporte nutricional de los hijos de la actora, de dos meses de edad (folio 29).

- Oficio de la Comisaría 19 de Familia, dirigido a la ARS ECOOPSOS SISBEN, para que verifique el estado de vinculación de los niños de la actora al sistema de salud y de no encontrarse vinculados, adelantar el procedimiento de vinculación para garantizarles el derecho a la salud (folio 30).

- Oficio de la Comisaría 19 de Familia, dirigido al "CAMI JERSULEN" [sic] remitiendo a la actora para que reciba tratamiento psicológico (folio 33).

1.7.4. Comunicación remitida por vía fax, el día 24 de febrero de 2010, suscrita por los señores BOREAL y ALF, en el que informan no poder asistir a la citación ordenada por la Sala de Revisión de este proceso, dados los impedimentos que supone su horario de trabajo (folio 38).

1.7.5. Comunicación remitida vía fax por la señora DELFE, en la que explica las razones por las cuales no puede asistir a la citación, por hallarse en período de lactancia de una bebé de 4 meses y estar al cuidado de otra hija de 4 años (folio 39).

1.7.6. Testimonio del señor ALF, recibido el día 18 de marzo de 2010 (folios 40-42). 1.7.7. El mismo 18 de marzo de 2010, a partir de las 3:20 de la tarde, se recibió el testimonio de la señora BOREAL (folios 43-45).

1.7.8. El día 19 de marzo se recibió el testimonio de la señora DELFE (folios 46-47). 1.7.9. El día 19 de marzo del año 2010, a partir de las 10:45 am., se recibió la declaración de la señora SERA (folios 48-50).

1.7.10. Mediante auto de 25 de marzo de 2010, con el objeto de garantizar intensamente el derecho de defensa del accionado, se ordenó una vez más, la citación por medio de correo certificado del señor ZOTO, propietario del "BAR DISCOTECA PANDEMO", para rendir la declaración de parte que la Sala ha ordenado.

Así mismo se estimó indispensable conocer cuáles son las disposiciones que regulan el trabajo sexual y el funcionamiento de los establecimientos de comercio dedicados a tal actividad, así como los estudios elaborados por las autoridades públicas en los que se determinen las condiciones sociales, laborales y económicas en que viven las personas dedicadas a dicho trabajo o relacionadas económicamente con él. También sobre los mecanismos jurídicos particulares existentes por los cuales se facilita la integración en el sistema de seguridad social de las personas dedicadas al trabajo sexual, en particular para proteger la condición de las mujeres que ejercen el oficio cuando son madres de familia, se encuentran en estado de embarazo o son lactantes (folios 51-52).

1.7.11. En cuanto a lo primero, el señor ZOTO no compareció en la fecha señalada, ni ha hecho saber su interés en presentarse al proceso. En todo caso, se solicitó a la empresa que hizo efectiva la entrega del correo certificado, acreditar el recibo de la comunicación en el local donde opera el establecimiento BAR DISCOTECA PANDEMO (folio 134). A dicha solicitud se respondió mediante oficio de 1º de junio de 2010 en el cual se informa al la Corte que el envío en cuestión dirigido al señor ZOTO, fue entregado en la Carrera XX No. XX-XX de Bogotá, el día 30 de marzo de 2010, recibido por el señor MO (folio 139).

1.7.12. En cuanto a lo segundo, mediante oficio recibido el 7 de abril de 2010, el Subdirector Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico, respondió a la solicitud de la Sala (folios 58-60), remitiendo la siguiente información:

- Oficio recibido el 5 de abril de 2010 en el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Integración Social, informa sobre las normas distritales relacionadas con la prostitución:

a. Decreto Distrital 400 de 2001, sobre límites territoriales donde se permitía la prestación de dicha actividad y se determina las condiciones que someten a las zonas de tolerancia.

b. Decreto Distrital 188 de 2002, sobre localización y funcionamiento de establecimientos dedicados al trabajo sexual. Incluyó específicas condiciones relacionadas con la salubridad, saneamiento, bienestar social, de seguridad, medioambientales, de reglamentación hotelera, arquitectónica y urbanística. Sobre salubridad se especifica, incluye el deber de afiliar a las trabajadoras al sistema de seguridad social en salud y controles médicos periódicos.

c. Decreto Distrital 187 de 2002, con normas de carácter urbanístico y de ordenamiento territorial en la que se delimitan sectores para la actividad en cuestión.

d. Decreto Distrital 335 de 2009. Sobre éste se indica: "pese a los importantes avances sobretodo [sic] en el ámbito social, los decretos 400 de 2001 y 188 de 2002 fueron derogados expresamente. A cambio se implementan planes parciales, acompañados por planes de acción social, cuyo diseño corresponde a la Mesa Interinstitucional de Zonas Especiales de Servicios de Alto Impacto".

En cuanto a las normas de funcionamiento de los establecimientos dedicados a la prostitución, únicamente indica que en el art. 47, num 5 del Código de Policía de Bogota, se establece el deber de que las personas que ejercen la prostitución, participen por lo menos 24 horas al año, "en jornadas de información y educación en salud, derechos humanos y desarrollo personal" (folio 59).

Así mismo remite diferentes estudios sobre prostitución adelantados por el Distrito, que se relacionan a continuación. 1.7.13. Comunicación de la Secretaria Distrital de la Integración Social del Distrito, al representante David Luna Sánchez, sobre prostitución y habitantes de la calle en Bogotá, de febrero de 2010 (folio 61-84).

1.7.14. Documento denominado "Hablemos de prostitución en Bogotá". Con él se presenta el foro del mismo nombre, teniendo como referente el plan de desarrollo Bogotá Positiva 2008-2012 (folios 86-98).

1.7.15. Documento denominado: "Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009" (folios 100-102). 1.7.16. Documento titulado: "Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, marzo 30 de 2009, Aportes de la Mesa de Salud". (folio 103-104).

1.7.17. Documento denominado "Relatoría de la Mesa de Economía" (folios 105-106). 1.7.18. Oficio de la Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría de Salud de Bogotá, sin fecha, en el cual se atiende a la información solicitada por la Corte Constitucional en relación con el sistema de seguridad social de las personas que ejercen la prostitución en la ciudad y trabajan en establecimientos de comercio dedicados a ello, en especial cuando se trata de mujeres cabeza de familia, madres gestantes o lactantes (folios 109-113).

1.7.19. Documento denominado "Estudio de seroprevalencia y del comportamiento en mujeres trabajadores sexuales de Bogotá, D.C., año 2007" (folios 114- 133).

1.7.20. Mediante Auto de junio 8 de 2010, la Sala ordenó oficiar al Ministerio de Protección Social, para que en el término de tres (3) días hábiles, informara a la Corte sobre la actuación adelantada en respuesta a la orden impartida por el antiguo Juzgado 63 Penal Municipal de Bogotá [3] en sentencia de 4 de mayo de 2009, mediante la cual resolvió en primera instancia la tutela No. 110014004063 2009-0111, disponiendo "'TERCERO. Remitir copia de este Fallo al Ministerio de Protección Social para que efectúe una vigilancia más cercana a los establecimientos como el que hoy ocupa nuestra atención, y en especial para que designe a un inspector del trabajo para que haga un estudio al caso presentado por LAIS a fin de concretizar las condiciones en que se hallaba en el Bar PANDEMO para que brinde la asesoría a la tutelante, que establezca si hay lugar o no a acudir a un juez laboral.

Actividad que se debe dar a conocer a este Despacho dentro de los quince (5) [sic] días siguientes a la notificación de este fallo' (folio 42, primer cuaderno y oficio No. 1472 de 8 de mayo de 2009, comunicando la correspondiente orden, a folio 49, con constancia de recibido por vía fax por el señor René Ramos, no. 2009-111)".

Así mismo se ordenó que "en caso de que el Ministerio no hubiese atendido el anterior requerimiento", diera cumplimiento a la orden respectiva y remitiera a la Corte Constitucional la documentación correspondiente en el término establecido por ésta.

1.7.21. Mediante oficio de 28 de junio de 2010 de la Secretaría General de la Corte, se informó que debidamente comunicado el auto anterior mediante oficio OPT-A-544 de 22 de junio y vencido el término establecido por la Sala, no se recibió respuesta alguna.

1.7.22. Mediante auto de 6 de julio de 2010, dando cumplimiento a la orden cuarta impartida en el Auto de 22 de enero de 2010 de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en el presente proceso, el magistrado sustanciador solicitó a la Secretaría General, que por el término de tres (3) días hábiles, pusiera a disposición de las partes el expediente de tutela de la referencia, a fin de que éstas pudieran conocer las actuaciones adelantadas durante el trámite de revisión y manifestarse sobre las mismas si a bien lo tuvieran, en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción.

Según constancia de la Secretaría General, la accionante fue notificada por vía telefónica del auto en mención, el día 9 de julio de 2010 (folio 153, tercer cuaderno). Por su parte, el accionado no pudo ser notificado en la dirección por él reconocida desde el inicio del proceso, a saber la misma del bar PANDEMO, pues según el informe del citador de esta Corporación, el oficio correspondiente no fue recibido por cuanto allí se informó que desconocían a la persona a la que iba dirigido (folio 151, tercer cuaderno). Se procedió entonces a remitir la comunicación respectiva mediante correo certificado, el cual nuevamente fue devuelto por destinatario desconocido (folios 152, 155 y 157 tercer cuaderno). En tales circunstancias y como quiera que el accionado no informó cambio de dirección para notificaciones, mediante auto de 26 de julio de 2010, se ordenó la notificación prevista en el art. 321 del CPC, la cual procedió el día 28 de julio por medio de estado número 173 (folios 160-161, tercer cuaderno). Vencido el término correspondiente, no se presentó intervención alguna de las partes, según informe de secretaría del 3 de agosto de 2010 (folio 162, tercer cuaderno).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala Número Nueve de Selección, de veinticuatro de septiembre de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

2.1 Competencia 2. Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en las demás disposiciones pertinentes, así como por haberse escogido por la Sala de Selección.

2.2 Problemas jurídicos 3. A juicio de la Sala, el presente asunto impone determinar si a la luz del artículo 13 constitucional y del discurso que desde él se proyecta en la totalidad del Estado social de derecho:

· ¿Una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se encuentra embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de trabajadoras, para efectos de su estabilidad laboral, derechos a la seguridad social y en definitiva, salvaguarda del mínimo vital suyo y el del que está por nacer? · O visto de otro modo, ¿es constitucional el argumento esgrimido por las jueces de instancia según el cual, no obstante la asistencia y protección esmerada que se debe proveer a la mujer embarazada (y que en efecto proveyeron [4]), su reclamo por derechos laborales derivados de la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena, no es siquiera admisible ni por tanto debe ser garantizado, en razón de la discriminación negativa que opera por causa su objeto ilícito, en tanto contrario al orden público y las buenas costumbres? 4. Para los efectos de absolver los anteriores interrogantes la Corte procederá de la siguiente manera. En primer lugar, reiterará la jurisprudencia sobre la igualdad en la Constitución, como pieza clave para la interpretación y aplicación de derechos fundamentales (2.3.). En segundo lugar y con la pretensión de establecer la existencia o no de

fundamentos jurídicos para un trato desigual, analizará de qué forma se ordena el fenómeno de la prostitución por el Derecho (2.4). Con base en lo anterior, en tercer lugar se determinará si la prostitución puede ser considerada o no una actividad lícita y si en caso afirmativo, puede ser ejercida por cuenta ajena y bajo la forma de contrato de trabajo (2.5.) Finalmente se resolverá el caso concreto (2.6.).

2.3. La igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución 5. En el marco de su complejidad, valor inconmensurable y dificultad de acotamiento, el concepto de la igualdad en la Constitución se puede describir según su naturaleza jurídica (2.3.1.), sus tipos constitucionales (2.3.2.), su significado relativo y relacional (2.3.3.), del que se derivan la aplicación de los juicios de igualdad (2.3.4.) y las formas de neutralizar la discriminación y de arropar de garantías de igualdad material a los sujetos víctimas de ella (2.3.5.).

2.3.1. Igualdad, naturaleza jurídica 6. Como reiteradamente se ha dicho por la Corte constitucional [5] , la igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano.

De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes públicos para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales que faciliten su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inescindible con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, como atributo de todos los seres humanos de donde deriva su derecho al goce pleno de los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).

2.3.2. Tipos constitucionales 7. Lo anterior se hace patente desde la propia construcción normativa del artículo 13 de la Carta, en la que la igualdad se concreta a través de tres tipos de ordenación: en el inciso 1º como principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, o en general ante el Derecho, al cual le es consustancial la prohibición de discriminación que veda el establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica. A su vez se establece en los incisos 2º y 3º, una dimensión promocional de la igualdad material o igualdad de trato, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad [6] .

8. En efecto, una de las expresiones de la cláusula de igualdad es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, condición que en el Estado social de derecho determina a la vez un mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios y un mandato de intervención , a través del reconocimiento de exigencias al Estado que le imponen realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos.

9. En cuanto a lo primero y como resultado de la aplicación de la cláusula de igualdad formal y la prohibición de la discriminación (art. 13, inc 1 CP), comporta el deber del Estado de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Un mandato que en pos de la igualdad, proscribe tanto las discriminaciones directas y por las cuales se coarta o excluye a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las discriminaciones indirectas “que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado” [7] .

En cuanto a lo segundo, se habla de un mandato de intervención , porque para alcanzar los ideales de igualdad, es también necesario que el Estado intervenga y despliegue actuaciones positivas para garantizar condiciones de igualdad real y efectiva, la igualdad de trato por parte de la ley (art. 13, inc. 2º y 3º CP).

2.3.3. Significado relativo y relacional 10. La sencilla presentación que antecede, evidencia que la definición y concreción de la igualdad como pilar del orden jurídico, ha representado uno de los retos esenciales del juez constitucional. De allí la rica y prolífica jurisprudencia de esta Corporación tanto de constitucionalidad como de tutela, que se ha ido definiendo a lo largo de su historia institucional sobre el principio y derecho a la igualdad y la forma en que se vulnera, se hace o se debe hacer efectivo en las actuaciones públicas y también en las privadas.

11. Así, desde sus fallos iniciales, la Corte expresó que la igualdad constituye un concepto relacional [8] , en la medida en que su estudio parte de la determinación de una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas, o grupos poblacionales. Además, desde tempranos fallos, la Sala acogió un concepto de justicia ampliamente difundido, de acuerdo con el cual debe darse un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales [9] :

12. Sin embargo, dicho criterio de justicia resulta vacío, si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal de la doctrina alemana [10] , se ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez. En consecuencia, un juicio sobre la eventual violación al derecho a la igualdad, o sobre la mejor forma de aplicar este principio no parte entonces de presupuestos idénticos, ni tampoco de situaciones por completo diferentes, sino que se efectúa en relación con igualdades y desigualdades parciales, a partir de propiedades relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional. En los eventos en que concurren tanto igualdades como desigualdades, debe el juez determinar si existen razones suficientes para mantener un trato igual frente a situaciones en alguna medida disímiles, o si existen razones suficientes para establecer un trato distinto entre situaciones con algún grado de similitud.

Lo anterior significa que la primera tarea del juez constitucional consiste en verificar la existencia de características o criterios de comparación relevantes entre los grupos a ser cotejados.

2.3.4. Los juicios de igualdad 13. Ahora bien, tanto el legislador como la administración tienen un margen de acción para adoptar decisiones políticas que, en alguna medida, pueden afectar la situación de unas personas y privilegiar la de otras en la sociedad, sin una justificación constitucionalmente razonable. Por eso, de acuerdo con la sentencia C-040 de 1993, la igualdad constitucionalmente protegida no supone una paridad “ mecánica o aritmética”.

Las autoridades pueden entonces, emitir regulaciones que impliquen ciertas diferencias de trato, siempre que esas decisiones estén soportadas en una razón suficiente, es decir, constitucionalmente legítima o admisible [11] .

14. Las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados (afectados, intervenidos) en la decisión. En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales [12] , juicio de igualdad de origen europeo [13] , que ha constituido una herramienta analítica poderosa para la aplicación del concepto. Por esa razón, la Corte ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad [14] del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su “ idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente);

necesidad , en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto , esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad" [15] .

15. Con todo, como también expresó esta Corporación en las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, ante la diversidad de materias sobre las que puede recaer la actuación del Estado, se encontró oportuno incluir en el estudio de la igualdad por parte del juez constitucional, herramientas hermenéuticas de origen estadounidense, que hacen posible realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad. De tal suerte, el test de igualdad norteamericano se caracteriza porque el examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad. Con referencia particular a la ley, se ha dicho entonces que (i) por regla general se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución;

(ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover;

(iii) por último, el examen estricto que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas , como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo.

16. Se constituye así un test integrado que aprovecha del mayor poder analítico del juicio de proporcionalidad , con el carácter diferencial del test de igualdad , con el cual se propone mantener una relación inversamente proporcional entre la facultad de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger al máximo el principio democrático.

2.3.5. Formas de neutralizar la discriminación y garantías de igualdad material para los sujetos víctimas de ella 17. En fin, un elemento por añadir en la construcción jurisprudencial de la igualdad constitucional, es el que incluye las particularidades del análisis cuando se examina una eventual violación a la prohibición de discriminación [16] .

Dicho con brevedad, una discriminación se presenta cuando se adoptan tratos diferenciados entre personas o grupos en situaciones similares, sin que exista para ello una razón legítima.

18. Una situación como ésta, da lugar a que cada uno de los pasos del examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida se haga más exigente, pues las reglas o pautas de diferenciación basadas en tales criterios se presumen inconstitucionales [17] .

En la sentencia C-371 de 2000, señaló la Corte: " El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.

(…) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas , pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros"(resaltado fuera del original).

Este carácter sospechoso, con reiteración ha dicho la jurisprudencia, representa " categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y,

(iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales" [18] .

19. Por ello, se puede señalar que cuando entren en juego los derechos de grupos de especial protección , dentro de los que se incluyen los grupos tradicionalmente discriminados , y sean introducidas normas jurídicas que supongan para ellos afectación o disminución de sus derechos, opera prima facie una presunción de discriminación, basada en los criterios sospechosos que su trato desigual plantea. Dicho de otro modo, para preservar la validez y vigencia de tal Derecho, resulta necesario desvirtuar este supuesto de hecho discriminatorio del que se parte [19] .

20. En tales circunstancias se emplea el mencionado escrutinio judicial estricto [20] , conforme al cual se debe demostrar que la actuación y las reglas dispuestas, a pesar de generar un efecto adverso en un grupo marginado o discriminado, obedece i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad.

Lo anterior quiere decir que con referencia a grupos marginados o discriminados, no está proscrita de la Constitución cualquier medida que genere un impacto adverso o diferenciador con los mismos. Lo que ocurre es que los operadores jurídicos deben justificar las medidas discriminatorias que adoptan.

21. Hay empero que apuntar, que aunque esta pieza de análisis suele formularse en especial con respecto al legislador, cabe también considerar su impacto respecto de la Administración, de los jueces y también de los particulares, por supuesto en el marco de sus competencias y facultades.

De tal suerte, si la regulación legal produce como resultado la discriminación, a cambio de partir de la presunción de constitucionalidad, el juez constitucional debe juzgarla bajo el criterio de sospecha y por tanto sujeta al test estricto de igualdad . A la Administración, por su parte, "le corresponde demostrar que a pesar de la afectación desproporcionada para un grupo marginado, la medida, programa o política responde a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, y que la misma ha venido acompañada por otras acciones dirigidas a contrarrestar el efecto adverso que ha podido generar en un grupo marginado o discriminado" [21] . A su vez los jueces, en el desarrollo de los procesos y en la aplicación del Derecho, les corresponde proteger el valor, el principio y del derecho fundamental a la igualdad, como parte de las garantías del debido proceso (art. 29 CP) y también del derecho de acceso a la justicia (art. 229 CP). O sea, igualdad ante la ley, igualdad en el respeto a las formas procesales, pero también en la prevalencia del derecho sustancial, igualdad ante las diferentes ideas de justicia que admite y reclama el Estado social constitucional.

Y en la medida en que la prohibición de la discriminación como garantía del principio y derecho relacional de la igualdad parece evidenciarse no sólo como propia al discurso constitucional de algunos Estados, sino poco a poco, como norma del ius cogens , aceptada y reconocida por la comunidad internacional como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones, también y por su misma fuerza imperativa, se convierte en parte de los principios que estructuran las relaciones entre particulares. Es decir que los individuos, las personas jurídicas, las empresas privadas son también responsables de la aplicación de la igualdad, en el marco de sus facultades y libertades, del ejercicio de su autonomía privada y de su forma de obrar como operadores de derechos fundamentales y legales de otros individuos [22] .

22. Pero, como arriba se indicó, la existencia de personas y grupos históricamente discriminados o ubicados en condiciones de inferioridad, activa el mandato de intervención que frente al Estado, constituye el deber de concebir normas y propiciar situaciones en las que se procure una igualdad de carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo [23] , mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos y de la comunidad en general. "En síntesis: la igualdad sustancial (…) se percibe apenas como un objetivo o finalidad del sistema político, que

vincula, tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos, en la transformación del modelo de sociedad existente en otro ideal, más propicio a la satisfacción de las aspiraciones humanas en sus múltiples facetas" [24] .

23. Esta compleja figura constitucional, debe servir de parámetro para el estudio de la prostitución como actividad y para determinar si de su ejercicio se pueden derivar determinadas relaciones reconocidas por el Derecho, de las que se desprenden derechos amparables y dentro de ellos los laborales fundamentales que la actora reclama en el presente proceso.

2.4. La prostitución en el Derecho positivo 24. La prostitución como fenómeno social ha sido desde siempre tratada por el Derecho [25] . En la actualidad su regulación es variada y constituye un buen ejemplo de régimen jurídico mixto de ordenación, en el que se disciplina la actividad al mismo tiempo que sus prohibiciones, limitaciones y autorizaciones. De este modo, en aras de reconocer las características del Derecho aplicable para el presente asunto, la Corte revisará brevemente la forma como se contempla la prostitución por el Derecho comparado (2.4.1.), por el Derecho internacional (2.4.2.) y por el Derecho comunitario europeo (2.4.3.). Luego estudiará el Derecho colombiano establecido al respecto (2.4.4.).

2.4. 1. La regulación de la prostitución en el Derecho comparado 25. Siguiendo el trabajo de Rey, Mata y Serrano [26] , el fenómeno de la prostitución ha sido tratado por el Derecho desde tres modelos tradicionales: el prohibicionista, el abolicionista y finalmente el que somete la actividad a la reglamentación .

El modelo prohibicionista excluye el comercio carnal, de modo que el Derecho lo contempla pero para prohibirlo y sancionarlo. En este marco son punibles todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual, esto es, tanto la conducta sexual de la persona prostituida, como la de quien participa de la explotación económica de la actividad, mientras que los clientes suelen ser entendidos como víctimas de los anteriores. El bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres.

El modelo abolicionista pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Lo que se elimina no es el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y por tanto de regulación normativa. Su fundamento se ha encontrado en la necesidad de proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres. De tal suerte, se excluye la punición de la actividad individual, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales.

El modelo reglamentista , difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica y localización delimitada de la actividad, a fin de disminuir el impacto que producen en el funcionamiento de la ciudad y en el desarrollo de los objetivos públicos urbanos.

Esto significa que, antes que proteger a la persona que ejerce la prostitución, el Derecho cuida al cliente para quien se asegura un servicio con calidad y también a la comunidad, circunscribiendo el desarrollo de la misma a determinados territorios, Y, de modo indirecto, también se protege a quienes viven de la prostitución sin ejercerla, pues con la reglamentación se autoriza la explotación de establecimientos de comercio en los que se presta el servicio o se facilita el contacto entre trabajador o trabajadora sexual y clientes. Los bienes jurídicos protegidos con estas medidas parten del intento de controlar tanto las enfermedades de transmisión sexual, el delito a gran o pequeña escala, así como de evitar el escándalo público. Las medidas de protección de carácter sanitario dirigidas a favor de las personas que ejercen la prostitución, no parecen fundadas en procurar mejora en la calidad de vida de la persona prostituida, sino que se muestran como una manera de aumentar la seguridad de sus clientes.

Naturalmente, en todos los modelos se persigue como delito la prostitución forzosa. 26. El análisis particular de la legislación de algunos Estados, ejemplifica las diversas expresiones que uno y otros modelos adoptan.

Como caso tipo del modelo prohibicionista, se encuentran la totalidad de los Estados federados de USA, con excepción de Nevada, donde se habilita a los condados a establecer si se prohíbe o se autoriza la práctica de la prostitución [27] . Así ocurría en la Europa premoderna, donde se ponía especial énfasis en la sanción de la prostituta en lugar del cliente. Se consideraba a la mujer delincuente y al cliente víctima tentada por “Eva”. En cambio, en algunas variantes actuales del neo-prohibicionismo, la intervención en la demanda asume una importancia fundamental, como en el caso de Suecia, donde desde 1999 entró en vigor una ley que condena al usuario de prestaciones sexuales, aplaudida en su momento por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo. Sin embargo, su eficacia en reducir la estigmatización de la persona prostituida y mejorarle sus opciones de vida están aún en entredicho y al contrario, el desplazar el sexo al mercado subterráneo, incrementa las opciones de violación de derechos y la explotación humana [28] .

Inglaterra, desde mediados del siglo XIX, ha seguido un modelo abolicionista, que aunque no sanciona la venta de prestaciones sexuales ni condena al cliente, sí prohíbe la explotación de la prostitución así como el acto d inducir a la misma.

En países como Italia y Francia, por ejemplo, no se encuentra prohibido ejercer el oficio, no obstante ser ilegal la organización de actividades, locales, dedicados a la prostitución, al igual que el proxenetismo. En España, existe una legislación penal que persigue desde el propio rufianismo , esto es, la explotación sexual de un tercero para el beneficio económico aún bajo el consentimiento de aquél, hasta las formas de explotación sexual que proceden mediante engaño, presión o fuerza. De otro lado, las comunidades autónomas poseen competencias para establecer medidas de carácter urbanístico y de salubridad que inciden directamente sobre los establecimientos de comercio donde se prestan servicios sexuales.

Alemania y Holanda y al otro lado del mundo Nueva Zelanda, responden a un modelo avanzado de reglamentación, pues no sólo se incluye regulación en materia de salud pública, urbanismo, manejo del suelo y políticas de prevención de delitos próximos a la actividad, sino que también incluyen garantías y derechos para quienes ejercen el oficio [29] .

Por ejemplo en Holanda, el empresario debe concertar un acuerdo laboral escrito, debe garantizar la seguridad del servicio en términos sanitarios, las localidades han de contar con oficinas para presentar quejas contra la administración de los negocios de esta índole. Infortunadamente, el paso a la formalidad, ha incentivado empero la clandestinidad pues las contribuciones y cargas que asume el empresario y el trabajador son mayores y en el plazo inmediato los ingresos de unos y otros se han reducido sustancialmente.

En Alemania, se ha previsto una mayor cobertura social, facilitando a las y los trabajadores sexuales que su actividad esté legalmente asegurada, bien como trabajo por cuenta ajena, bien de manera autónoma o independiente. Igualmente se reconocen límites al poder de subordinación patronal, dadas las características del servicio que se presta y en las que debe primar la voluntad de quien desarrolla directamente el trabajo. Sólo caben exigencias en términos de tiempo y lugar del trabajo. Tienen derecho a prestaciones sociales (previa cotización), atención médica en la sanidad pública, derecho al seguro de desempleo y pensión de jubilación [30] .

En Nueva Zelanda, a partir de 2003, se han dispuesto medidas dirigidas tanto a quienes ejercen la prostitución, como a los que sacan provecho de lo que este “negocio” produce, todos los cuales deben cumplir con requerimientos de salud, seguridad y orden público. Se reconocen derechos a los trabajadores sexuales relacionados con sus libertades y también con el acceso a beneficios propios de quien emplea su fuerza de trabajo. El funcionamiento de los establecimientos donde se ofrece el servicio sexual, requiere en general de licencia, salvo el caso de micro-empresas. Finalmente, se crea

un comité que a nivel nacional está llamado a revisar la realidad, las leyes y las políticas públicas relacionadas con la prostitución y a remitir un informe a la Cámara de Representantes de su Parlamento, con el objeto de que adopte medidas más adecuadas para proteger los intereses particulares y públicos comprometidos [31] .

27. Pues bien, del estudio de varios regímenes jurídicos de los Estados se establecen como conclusiones principales frente al tema las que vienen [32] : i) En general, no hay infracción para el ejercicio individual de la prostitución, aunque restan excepciones para ciertas formas de desempeño, que aún son sancionadas [33] .

ii) Si bien es evidente la crisis del modelo abolicionista, esto empero no va acompañado de un consenso sobre la necesidad de atribuir carácter de trabajo a la prostitución. Y al contrario, en todos los países, salvo en Holanda, Alemania y Nueva Zelanda, "la ausencia de reconocimiento jurídico de la profesión impide a las mujeres en prostitución disponer de una cobertura social completa (…).

Dado que la prostitución no constituye una infracción en sí misma, su ejercicio pertenece de modo significativo a la economía subterránea y las mujeres que ejercen la prostitución viven al margen de la legalidad". iii) "(…) Sin embargo, el rendimiento de la prostitución se somete a tributación en la mayoría de los países porque el hecho generador del impuesto es independiente de la legalidad de la actividad" [34] .

iv) Es finalmente regla universal, la prohibición y persecución severa de la prostitución forzada, de menores de edad y el tráfico de personas para el desarrollo de tal actividad [35] .

2.4.2. La prostitución en el Derecho internacional 28. El tratamiento de la prostitución por parte del Derecho internacional tiene por objeto la supresión y persecución del fenómeno, en cuanto se halla vinculado con delitos como la trata de personas o la explotación de seres humanos para alcanzar cuantiosos beneficios económicos.

29. Así, de tiempo atrás, la Asamblea General de Naciones Unidas suscribió el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949. El convenio, de manera expresa señala en su parte motiva que la "prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad". En este orden, los Estados se comprometen a "castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona; Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona" (art. 1º). Así mismo, se comprometen a castigar las casas dedicadas a la prostitución, a provocar su disminución y represión (art. 2º). Y, en reconocimiento de la gravedad de la conducta, la convención advierte que los delitos descritos serán considerados "como casos de extradición en todo tratado de extradición ya concertado o que ulteriormente se concierte entre cualesquiera de las Partes en el presente Convenio". Se estima además a la propia tentativa como modalidad punible al prescribir que, en la medida en que lo permitan las leyes nacionales, "serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión". La promoción de la prostitución es calificada como infracción y acto delictuoso (art. 4º). Se dispone sobre el compromiso de los Estados para suprimir las normas jurídicas que impongan a quien ejerce la prostitución a inscribirse en registros o a poseer documentos especiales de identificación (art.6º).

En adición, es dispuesto un catálogo importante de disposiciones relativas a la trata de personas, en donde se incluye la extradición y la cooperación internacional como reglas generales por la que apuestan los Estados parte del Convenio (arts.

8-15), del mismo modo que el adelanto de acciones internas para hacer efectivas las medidas, proteger a los sectores vulnerables de las infracciones señaladas y el compromiso de repatriar a las víctimas a sus estados de origen [36] .

30. Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, adoptó la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres [37] .

En ésta se dispuso en su art. 6º que los Estados partes "tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de las mujeres".

31. En 2000, se suscribe por la misma Asamblea, el 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, en el que se prevé una inclusiva definición sobre trata de personas. En ella, no obstante sobresalir el constreñimiento como ingrediente propio sobre la persona víctima de la trata, no deja de reconocer cómo el consentimiento dado por la misma, no será tenido en cuenta cuando opere a través del engaño, el abuso o poder o la situación de vulnerabilidad en que aquella se encuentre (art. 3º). Así mismo, se obliga a los Estados firmantes, a establecer como delito las conductas a que se refiere el convenio, a proteger las víctimas, asistirlas y otorgarles derechos, así como a establecer políticas de prevención y control (art. 5º), junto con la adopción de medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución (art. 6º) [38] .

32 . Es que, como se anota en la sentencia C-636 de 2009 de esta Corporación, la prostitución suele estar asociada con el delito de trata de personas, expresamente condenado por la Organización de las Naciones Unidas, entre otras, en la Resolución 2118 de 2005, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005. Por esa vía, la ONU recrimina la prostitución como fuente de esclavitud, reprobada por el Protocolo para modificar la convención sobre la esclavitud, aprobado por la Asamblea General el 23 de octubre de 1953. Representa de igual modo una forma común de trabajo forzoso, reprendido expresamente por la Asamblea General en el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso aprobado en Ginebra en 1957 [39] .

33. Por ello sirven también como referencias desde el Derecho internacional sobre la materia, la 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 [40] .

34. Así, con base en los anteriores instrumentos internacionales, encuentra la Corte en la referida sentencia C-636 de 2009, que es claro que a juicio de la comunidad internacional, "la explotación de la prostitución tiene un efecto negativo y de gravedad considerable en la sociedad. En otras palabras, que en relación con los efectos de la prostitución, los Estados deben luchar por reducir su expansión". Y por vía del "control de las redes de prostitución", es posible el control de "actividades delictivas conexas que también generan impacto social adverso".

35. Por último, en lo que se refiere a los convenios y recomendaciones de la O.I.T, aunque no existen pronunciamientos expresos sobre la prostitución, pueden encontrarse referencias valiosas en el Convenio no. 182 de 1999, en cuyo art. 3 b.) se encuentra la prostitución como una de las peores formas de trabajo infantil.

Igualmente en los Convenios 29 y 102 y en las recomendaciones 35 y 136, en los que se hace referencia al trabajo forzoso vinculado con la trata de personas, que según estudios de la propia organización, tienen entre sus objetos la prostitución [41] .

36. El Derecho internacional entonces, no ha sido ajeno al fenómeno de la prostitución que, asociado con la trata de personas, se ha reconocido como una acción dañina sobre la persona sometida, próxima a la incursión de otros delitos, pero también a la generación de consecuencias humanas y sociales, como la proliferación de enfermedades venéreas, el deterioro de la integridad familiar y en general, de las condiciones de vida de quienes la ejercen. En esa línea, sus normas se debaten entre el modelo prohibicionista y el abolicionista , con la punición de quienes promuevan como negocio la prostitución ajena y con la imposición para los Estados de adoptar medidas preventivas y rehabilitadoras.

2.4.3. Algunas consideraciones adicionales desde el Derecho europeo 37. Muy cerca de la tendencia que muestra el contexto internacional, en la Recomendación 1325 de 1997 del Consejo de Europa se ilustró sobre la preocupación existente frente a la proliferación y recrudecimiento de la prostitución y en particular, su vinculación con grupos criminales que la aprovechaban para financiar y "extender el resto de sus actividades, tales como el tráfico de armas y de drogas y el blanqueo de dinero".

Esta, junto con otras decisiones adoptadas en los últimos años [42] , han mostrado que la prostitución se entiende como el caldo de cultivo para el desarrollo de sinnúmero de actividades delictivas, todas ellas afrentosas de la condición humana, de la libertad e integridad de las víctimas, así como de los intereses sociales.

38. Mas, aparte de esta percepción plenamente justificada y compatible con los valores de la cultura europea, cabe destacar igualmente la postura adoptada sobre la materia, cuando se analiza a partir del Derecho comunitario y de los principios económicos que lo han inspirado.

39. En efecto, se habla del asunto C-268/99 mediante el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió la cuestión previa solicitada por los jueces competentes de los Países Bajos, frente a la solicitud de un número de señoras de origen polaco y checo de autorizarles permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia.

Tras analizar los acuerdos suscritos con los entonces países de la Europa del Este involucrados así como la legislación nacional neerlandesa, tras verificar que en ellos se formulaban exigencias legítimas para autorizar la circulación y residencia de personas en los países de la Unión europea a fin de desarrollar actividades económicas, entra a discutir si, como se lo planteó el juez nacional que formuló la consulta, cabía incluir dentro de las mismas a la prostitución ejercida de manera independiente.

Estimó el Tribunal a este respecto, que no se apreciaba en los referidos acuerdos, una pretensión de limitar sus efectos a ciertas y determinadas actividades. En ellos se consagra simplemente el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia, así como a establecer y gestionar empresas y el derecho a ejercer las actividades de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales. "Por consiguiente-dice el tribunal- y sin que sea siquiera necesario abordar la cuestión de si la prostitución puede considerarse una actividad comercial, tal como afirma el Gobierno del Reino Unido, basta señalar que se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales", es decir que "(…) está comprendida en el concepto de 'actividades económicas'".

40. Pero no se queda allí el estudio. También entró a resolver una tercera cuestión desde la cual se pretendía excluir a la prostitución como actividad económica digna de amparo por el Derecho comunitario, habida cuenta de su carácter ilegal y por razones de moralidad pública. A este respecto, recordó que, como lo había declarado en otras oportunidades [43] , no le corresponde al TJCE "sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente". Mas agrega en seguida: "(…) lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de dichos Estados y, en particular, en el Estado miembro de que se trata en el procedimiento principal". No está en juego, por demás, un problema de orden público que bien se podría alegar por las partes para limitar la aplicabilidad de los acuerdos, pues "para que una autoridad nacional pueda establecer una excepción de orden público es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad" [44] , en la que no cabrían discriminaciones por razón de la nacionalidad, menos aún, cuando el comportamiento reprochado proveniente de los nacionales, no es perseguido con medidas represivas o de otro tipo que resulten reales y efectivas para combatirlo.

41. Con base en las anteriores razones, respondió al juez nacional que con las restricciones propias a los acuerdos suscritos entre los Estados relacionados con el caso, estimaba que la persona que ejercía la prostitución podía ser considerada como titular de la libertad de circulación por territorio europeo, a los efectos de realizar actividades económicas o actividades no asalariadas. Y así, q ueda por tanto claro, el reconocimiento jurídico de la prostitución como actividad económica, al menos en lo que hace a su ejercicio por cuenta propia.

42. De este modo, en el Derecho regional europeo se hacen visibles todos los modelos descritos, prohibicionista, abolicionista y reglamentarista , según sea el ámbito desde el cual se analice el fenómeno, como degradación humana relacionada con la delincuencia organizada, como condición frente a la cual los Estados europeos asumen responsabilidades y también como opción económica digna incluso de protección judicial.

2.4.4. El Derecho colombiano ante la prostitución: las normas explícitas y específicas.- 43. El Derecho colombiano recoge sin grandes mutaciones las características destacadas en el derecho comparado e internacional, por contener la misma tendencia mixta o ecléctica, en la que se establecen medidas de todo tipo.

En efecto, como pasa a exponerse, existe una construcción compleja entre el régimen derivado del Derecho penal y el que se crea desde el Derecho policivo, por el cual la inducción de la prostitución con animus lucri faciendi es por sí sola punible bajo determinadas circunstancias (2.4.4.1.), aunque al mismo tiempo como actividad individual no lo es y quien la realiza no puede ser por sólo ese hecho perseguido, ni tampoco lo es quien desarrolla actividad económica en torno suyo (2.4.4.2.). Tras su presentación, se formularán unas conclusiones parciales sobre el Derecho aplicable al presente asunto (2.4.4.3.) 2.4.4.1.

El Derecho Penal 44. En el Código Penal Colombiano se pueden reconocer un conjunto de delitos que representan formas de reprimir parte de las formas comerciales en que la prostitución tiene lugar.

45. En este sentido, aparece en el título IV sobre Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el capítulo IV, “De la Explotación sexual”, en el que se contemplan diversos delitos como la “Inducción a la prostitución (art. 213), que se configura cuando alguien, “con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro”, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona [45] . También se tipifica de manera expresa, el “proxenetismo con menor de edad” (art. 213 A, modificado por el artículo 9º de la Ley 1236 de 2008) [46] , el “Constreñimiento a la prostitución” (art. 214), que se diferencia del primer tipo penal, en que el comercio carnal o prostitución tiene lugar por la fuerza, amenaza o imposición [47] .

Así mismo se establecen, conforme la ley 1236 de 2008, circunstancias de agravación punitiva relacionadas con la edad y condición de la víctima o relación con ella (art. 216) [48] .

Por último y con las adiciones introducidas por la Ley 1336 de 2009, se contemplan otros delitos relacionados con la explotación sexual, como el de la prostitución de menores (art. 217), la explotación sexual comercial de persona menor de edad (art. 217-A), la pornografía con personas menores de 18 años (art. 218), el turismo sexual (art. 219), la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad (art. 219 A), e incluso, el delito de omisión del deber de denuncia (art 219-B).

46. Ahora bien, del conjunto de disposiciones del Código Penal mentadas, conviene ahondar en la prevista en el artículo 213, por cuanto en él se recoge el tipo penal que configura la versión más decidida del modelo prohibicionista, en cuanto tipifica penalmente, no el sometimiento por la fuerza de personas para que se dediquen a la prostitución, sino el mero hecho de su inducción y sin que desdibuje su configuración, la aquiescencia o aceptación de la persona invitada a prostituirse ni el hecho de que la misma pueda considerarse capaz para ello.

47. Sobre la constitucionalidad de esta disposición, se pronunció recientemente la Corte constitucional en sentencia C-636 de 2009, cuando resolvió la demanda por la cual se estimaba que con el art. 213 del Código penal se imponían límites excesivos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.

48. Para atender el asunto, la Corte en primer lugar reconoce las características del tipo penal, dentro de las cuales reconoce el carácter doloso del delito, al ser ejercido para obtener un lucro, pero donde no aparece como elemento subjetivo el constreñimiento, sino la mera inducción, esto es, la persuasión, instigación y provocación, "el comportamiento seductor o engañoso dirigido a hacer nacer en la víctima el propósito de prostituirse".

En seguida, revisa el fenómeno de la prostitución en la jurisprudencia constitucional, desde el cual observa que dicho fenómeno es transversal a la cultura y a la historia de las civilizaciones y que, dada su magnitud y su impacto social, los Estados han preferido adoptar mecanismos preventivos de control, antes que medidas definitivas de erradicación [49] .

Aún así, resalta que también se ha considerado como un fenómeno que "mancilla la dignidad personal" y que es, por tanto, indeseable en el Estado Social de Derecho [50] .

De allí que se deba velar por reducir los efectos nocivos de dicha práctica y que la ley pueda disponer mecanismos que procuren evitar la proliferación de dicha alternativa de vida. Pues, aunque reconoce que la misma puede ser producto de la libre escogencia de los individuos, admite también que los valores personales, la dignidad humana y, en muchas ocasiones, los derechos de los menores involucrados directa o indirectamente en esa opción, hacen necesaria una protección especial por parte de las autoridades públicas.

En esta misma línea, observa que a pesar de reconocer que del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitución, el Estado sí tiene deberes claros frente a su existencia pues "por disposición de la misma Carta, no es indiferente a sus efectos nocivos, por lo que resulta legítimo, dentro de los límites razonables de la proporcionalidad, que las autoridades públicas de todos los órdenes adopten medidas tendientes a evitar su propagación y a disminuir los efectos negativos (…) [de] esta conducta, calificada como degradante para la persona humana (…)".

49. Con base en tales consideraciones, la sentencia en comento desarrolla el análisis sobre la libre potestad de configuración del legislador en materia penal, sus límites en los derechos fundamentales y en el principio general de libertad y la aplicación de los mismos al caso concreto, como método para juzgar la constitucionalidad del precepto en estudio.

A partir de lo anterior, estima que es legítimo suponer que el legislador puede penalizar las conductas dirigidas a promover, estimular y patrocinar la explotación sexual del ser humano, por cuanto este oficio de suyo afrenta la dignidad de la persona humana que la ejerce, fundamento del Estado (art. 1º CP) y del derecho penal mismo (art. 1º del Código penal). Así pues, como "la prostitución es una actividad que comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, pese a la tolerancia jurídica de que es objeto, la Corte encuentra legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla".

50. En lo que hace a la necesidad de sancionar penalmente la inducción a la prostitución, encuentra que si bien el derecho punitivo se enmarca en el principio de mínima intervención, cuando han fallado las demás alternativas de control como ha venido ocurriendo, la medida constituye la ultima ratio , la solución in extremis para alcanzar el mencionado objetivo constitucional que se persigue.

Por ello, a la hora de ejercer el control constitucional, la Corte no puede cuestionar la medida, salvo que la conducta que se sanciona penalmente "(i) no produzca un verdadero daño social y (ii) no amenace lesionar injustificadamente los derechos de otras personas y, por contera, los derechos de la comunidad". Con base en tales reglas, reconoce la afectación social de la conducta descrita en el art. 213 del Código penal, que se aprecia grave en cuanto tal y también por

ser lesiva de los intereses de la comunidad. De modo que convertirla en delito hace parte de la “franja de discrecionalidad legislativa”.

51. Toma luego las fuentes normativas y de la doctrina de Derecho internacional que tratan la materia y de ellas concluye que , “a juicio de la comunidad internacional, la explotación de la prostitución tiene un efecto negativo y de gravedad considerable en la sociedad”, por lo que “los Estados deben luchar por reducir su expansión”, más aún cuando el control de la prostitución sirve también para reprimir actividades delictivas conexas. Todo ello “ sin contar con los efectos derivados de la prostitución, cuando la misma se ejerce en condiciones de pauperización: la proliferación de enfermedades venéreas en ambientes de bajo control de salubridad; el deterioro de la integridad familiar; y, por contera, el impacto denigrante y deformador que reciben los niños”.

En estas condiciones determina que “el daño social producido por la explotación de la prostitución merece ser enfrentado con medidas de punición, como las sanciones penales”.

52. Y al momento de considerar si “la libre aceptación de quien decide dedicarse a la prostitución es una excluyente de antijuridicidad material, pues excluye [sic] la afectación de la libertad personal” y en ese sentido se presenta como resultado de una decisión libre, autónoma y voluntaria, concluye que no es admisible un tal argumento, pues “el tipo penal acusado califica el dolo no de quien opta por prostituirse sino de quien induce, sugestiona o en general promueve la prostitución o al comercio carnal, con la intención de lucrarse o de satisfacer los deseos de una tercera persona”. Lo anterior sin descontar la “falacia” que existe en la voluntariedad de la decisión de una persona al prostituirse, pues la difícil situación socioeconómica, por pobreza, conflicto armado, ansias de un futuro mejor, estimula el llegar a tal opción, que pronto la convierte en víctima de las bandas criminales organizadas que la someten.

En atención a tales alertas, observa pues que el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente para reconocer en la decisión de prostituirse, en el ejercicio de la libertad personal y en la autodeterminación sexual. “La Corte entiende que la autodeterminación sexual puede conducir a una persona a ejercer la prostitución, pero encuentra legítimo que el legislador persiga la conducta del tercero que mediante sugestiones, insinuaciones u otro tipo de recursos obtenga provecho económico de esta opción, pues tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana”.

Por todo lo anterior encuentra que el tipo penal previsto en el art. 213 CP puede configurarse incluso sobre la base del consentimiento expreso de la víctima, en donde el sujeto activo simplemente la induzca.

53. No se vulnera por lo demás el principio de lesividad, cuando la norma acusada “decide sancionar una conducta que instiga, con la intención de lucro, el ingreso a la prostitución de otra persona”. Porque, a juicio de la Corte, es claro que lo que se pretende es luchar “contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de cada individuo de dedicarse a ella”. Por lo mismo, es legítimo el castigo a quienes promueven la prostitución de otros, con fines de explotación, pues “las consecuencias sociales de dicha actividad suponen una agresión grave a los derechos individuales y una afrenta a la dignidad humana, cuando no una fuente de privaciones más severas de la autonomía y la libertad personales”.

54. Pasa por último la sentencia comentada, a valorar si la norma acusada restringe ilegítimamente derechos fundamentales como la autodeterminación sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio. O si, como afirma el actor en ese caso, la sanción prevista en el art. 213 Código penal, representa una “imposición ilegítima de una concepción moral específica, que no todos los individuos están obligados a compartir”. Cuestión frente a la que aduce que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, capaz de desconocer los derechos de otros ni los derechos colectivos o de neutralizar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de otros derechos [51] . En este

sentido, observa cómo pueden limitar legítimamente dicha libertad los deberes constitucionales de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, num. 1), el obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (art. 95, num. 2), y el procurar el cuidado integral de la salud propia y de la comunidad a la que se pertenece (el artículo 49, inciso final) [52] .

Lo mismo en lo que toca con el derecho a escoger libremente profesión u oficio, derecho igualmente limitable en guarda del interés general, o de evitar la lesión de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

55. Por todo lo anterior concluye que “los intereses superiores de la sociedad se oponen a que un individuo pueda legítimamente explotar el reclutamiento de personas con fines de prostitución”, más aún cuando el contexto social nacional se convierte en “terreno propicio para que personas necesitadas recurran a la prostitución como medio de subsistencia”. En esa medida el art. 213 del Código penal no ofrece objeción constitucional. Y aunque se admite que “en la realidad fáctica muchas personas pueden autónomamente escoger ese modo de vida”, halla “entendible que la ley busque sancionar la actividad que pretende lucrarse de su propagación e intensificación”.

56. En definitiva, desde el Derecho penal se recoge un modelo prohibicionista que opera con la punición de todas las conductas destinadas a llevar a otro al ejercicio de la prostitución, sea que se obligue por la fuerza o se convenza por la inducción, sea que se actúe sobre personas sin capacidad de discernir o decidir, o frente a aquellas que pretenden actuar libremente. No hace parte de la libertad de sujeto alguno llevar a la prostitución a nadie y toda conducta destinada a tal propósito, teniendo como incentivo la percepción de lucro, acarrea responsabilidades penales. Sin embargo, como a continuación se expone, la punición no alcanza a la persona que directamente ejerce la prostitución ni a toda actividad ejercida por los dueños de locales comerciales donde la misma se practica.

2.4.4.2. La prostitución desde el Derecho policivo 57. Aparte de la ordenación penal que se acaba de describir, se observan otras medidas legales orientadas a la reglamentación de la actividad desde el punto de vista urbanístico y de policía, así como a otras tantas de vocación abolicionista .

58. En cuanto a las medidas de carácter urbanístico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 902 de 2004 que modificó y adicionó el artículo 15 de la Ley 338 de 1997, y del artículo 2º de su Decreto Reglamentario 4002 de 2004, se establece la incompatibilidad en los usos de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, con usos para vivienda y dotacionales educativos, cuando se prevea su existencia en un mismo sector. En este sentido se habilitan competencias a las entidades territoriales para regular dicho manejo del suelo.

59. Por otra parte, en el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970 (y sus modificaciones), Libro Segundo del Código, “Del ejercicio de algunas libertades públicas”, en el último capítulo, el de número romano VIII “De la Prostitución”, se encuentran variadas disposiciones que pasan a describirse.

En el artículo 178, modificado por el artículo 120 del Decreto 522 de 1971, se establece como definición sobre quién se desempeña en el oficio:

“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 segundo inciso del precepto, dispone las obligaciones públicas frente a la actividad, al establecer: “El Estado utilizará los medios de protección social a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida”.

A continuación se aprecia el artículo 179, en el que se consagra: “El sólo ejercicio de la prostitución no es punible”. Es decir que la actividad como tal, no puede ser objeto de sanción por sí misma.

En este sentido, debe entenderse lo previsto en el artículo siguiente, el 180, que asigna a las corporaciones públicas de Departamentos y Municipios una habilitación normativa al señalar:

“Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán reglamentar lo relativo a la prostitución sujetándose a los preceptos de este estatuto y a los reglamentos que dicte el Gobierno Nacional”.

Disposición que como la interpretó la Corte Suprema de Justicia en su momento, no supone poder de sanción sino facultad para reglamentar la actividad, incluso para garantizar su correcto ejercicio [53] .

En los artículos 181 y 183, se incluyen mandatos a las autoridades públicas de todo orden, destinados a la rehabilitación de las personas que ejercen la actividad. Así, conforme al art. 181:

“La nación, los departamentos y los municipios organizarán institutos en donde cualquier persona que ejerza la prostitución encuentre medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse. La rehabilitación se ofrecerá por todos los medios que sean posibles sin que tenga carácter imperativo”.

Y en el artículo 183: “Las autoridades podrán solicitar informaciones respecto del ejercicio de la prostitución con el fin de hallar los mejores medios de rehabilitación de quienes se dediquen a ella”.

Por último, en el artículo 182 se imponen deberes genéricos de salubridad, entendibles tanto para los particulares como para el Estado, al ordenar:

“El tratamiento médico de las enfermedades venéreas es obligatorio. El que se preste en establecimiento oficial será gratuito así como las drogas que se suministren”.

60. De lo anterior se desprende que el tratamiento desde el Derecho policivo, concibe la actividad como regulable, a través de la reglamentación dispuesta por los entes departamental y municipal, pero cuyo ejercicio no es punible, aunque tampoco deseable, por lo que reclama medidas por parte del Estado.

61. En este marco, aparece el Acuerdo No. 79 de 2003 del Concejo de Bogotá , en el cual se establece en su Libro Segundo sobre “Deberes y comportamientos para la convivencia ciudadana”, el Título IV “Para las poblaciones vulnerables” y dentro de éste, el Capítulo 4, sobre “Quienes ejercen prostitución”.

En dicho capítulo, se prevé en primer lugar, un deber genérico de respeto y no intromisión, cuando el artículo 46 prescribe: “Las personas que ejercen la prostitución deben ser respetadas. El ejercicio de esta actividad, en sí misma, no da lugar a la aplicación de medidas correctivas”.

62. Los preceptos siguientes, contemplan las medidas reglamentarias de policía destinadas a velar por los intereses de salubridad y tranquilidad públicas, de prevención, así como de carácter urbanístico y tendientes a la rehabilitación de quienes la ejercen. Así en el artículo 50, se reconoce la normatividad a la que se deben someter la ubicación de los establecimientos donde se ejerza la prostitución [54] . De otra parte, se prescriben los comportamientos que deben observar tanto quienes ejercen la actividad como quienes utilizan sus servicios y de los propietarios, administradores y encargados de los establecimientos donde se ejerce.

63. A este último respecto, en cuanto a las personas que ejercen la prostitución , como medidas “ para la protección de la salud y de la convivencia” se establecen en el artículo 47 las siguientes:

1. Portar el documento de identidad y el carné de afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud; 2. 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, 3. Para el desarrollo seguro de su actividad, observar los medios de protección y las medidas que ordenen las autoridades sanitarias.

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

5. 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;

6. 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;

7. Cumplir las reglas de convivencia ciudadana y respetar la tranquilidad, bienestar e integridad de las personas vecinas y de los peatones; 8. En ningún caso realizar este trabajo si se vive con la infección por VIH o padece otra enfermedad de transmisión sexual [55] ;

9. No realizar exhibicionismo en el espacio público y/o desde el espacio privado hacia el espacio público". Se consagran en el artículo 49, las reglas de comportamiento de "quienes utilizan personas en prostitución" , para "favorecer la salud y la convivencia":

1. Respetar los derechos de las personas que ejercen prostitución; 2. Utilizar las protecciones especiales y observar las medidas recomendadas por las autoridades sanitarias;

3. No exigir ni aceptar prostitución de parte de una persona menor de edad; 4. No realizar ni permitir maltrato social, físico, psicológico o sexual a las personas que ejercen prostitución;

5. No exigir a quien ejerce prostitución el consumo de bebidas embriagantes, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o tóxicas. Y en el artículo 51, se definen los comportamientos que deben observar los " propietarios, tenedores, administradores o encargados de establecimientos donde se ejerza prostitución ", que son, por cierto, los de mayor número y responsabilidad. Tales comportamientos son:

1. Obtener permiso de funcionamiento por parte del despacho de la Secretaría de Gobierno, según lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial POT y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten;

2. Obtener para su funcionamiento el concepto sanitario expedido por la Secretaria Distrital de Salud o su delegado; 3. Proveer o distribuir a las personas que ejercen prostitución y a quienes utilizan sus servicios, protecciones especiales para el desempeño de su actividad y facilitarles el cumplimiento de las medidas recomendadas por las autoridades sanitarias;

4. Promover el uso del condón y de otros medios de protección, recomendados por las autoridades sanitarias, a través de información impresa, visual y auditiva, y la instalación de dispensadores de condones en lugares públicos y privados que determine la autoridad competente.

5. Colaborar con las autoridades sanitarias y de Policía cuando se realicen campañas de inspección y vigilancia; 6. Asistir como propietario, administrador o encargado del establecimiento, por lo menos veinticuatro (24) horas en el año, a recibir información y educación en salud, derechos humanos y desarrollo personal, la cual será certificada por la Secretaría Distrital de Salud y por el Departamento Administrativo de Bienestar Social o entidades delegadas para tal fin;

7. Tratar dignamente a las personas que ejercen prostitución, evitar su rechazo y censura y la violación de sus derechos a la libre movilización y al desarrollo de la personalidad;

8. No permitir o propiciar el ingreso de personas menores de edad a estos establecimientos; 9. No permitir, favorecer o propiciar el abuso y la explotación sexual de menores de edad;

10. En ningún caso permitir, a través del establecimiento, la utilización de menores de edad para la pornografía o el turismo sexual infantil;

11. No inducir o constreñir al ejercicio de prostitución a las personas o impedir, a quien lo realiza, retirarse del mismo si fuere su deseo;

12. No permitir, favorecer o propiciar la trata de personas; 13. No obligar a quienes ejercen prostitución a ingerir bebidas embriagantes, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o tóxicas;

14. No permitir el porte de armas dentro del establecimiento; 15. No realizar ni permitir maltrato social, físico, psicológico o sexual a quienes ejercen prostitución;

16. No mantener en cautiverio o retener a quienes ejercen prostitución en el establecimiento, y 17. No realizar publicidad de cualquier tipo, alusiva a esta actividad, en el establecimiento.

18. Velar por el cumplimiento de los deberes y comportamientos de quienes ejercen prostitución en su establecimiento. En todos los casos y para todos los sujetos a quienes se dirigen estas disposiciones, se establecen como deberes de obligatorio cumplimiento, en tanto se prescribe en sendos parágrafos de cada uno de tales preceptos, que la inobservancia de los comportamientos señalados, "dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código", destinadas a asegurar la convivencia ciudadana.

Por último, son previstos en el artículo 52 el conjunto de deberes de las autoridades distritales, administrativas y de Policía, tendientes en sustancia a coordinar acciones relacionadas con la salud y "los derechos humanos", así como dirigidas a la prevención y rehabilitación.

Dice el precepto: "Las autoridades distritales, administrativas y de Policía coordinarán con las autoridades de salud y de derechos humanos, la realización de visitas de inspección a los establecimientos donde se ejerza la prostitución.

El Distrito Capital utilizará los medios a su alcance para prevenir la prostitución y facilitar la rehabilitación de la persona que la ejerza. La rehabilitación se ofrecerá sin que tenga carácter imperativo. En consecuencia, la Administración Distrital organizará propuestas de formación gratuita para quienes la ejerzan y creará planes y programas especiales para llevar a cabo estos procesos".

64. En desarrollo del Acuerdo, se han dictado los decretos distritales destinados a dar cumplimiento a los anteriores preceptos, a través de la adopción de medidas administrativas específicas que enfatizan en los aspectos de manejo del suelo urbano de la ciudad frente a la prostitución como servicio de alto impacto, a más de alguna regulación programática de carácter social.

65. En efecto, de conformidad con la información suministrada por el propio Distrito Capital, el régimen que actualmente regula la prostitución en la ciudad, a más de la ordenación citada, se establece en el Decreto Distrital 335 de 2009, en el que se implementan planes parciales, acompañados por planes de acción social, cuyo diseño corresponde a la "Mesa Interinstitucional de Zonas Especiales de Servicios de Alto Impacto".

De tal suerte, tras establecer como consideraciones para su expedición razones de orden sustancialmente urbanístico y del uso del suelo, decreta en su artículo 1º la incorporación al tratamiento de Renovación Urbana de un nuevo subsector de la ciudad. En el artículo 2º ordena que los "servicios de alto impacto, de diversión y esparcimiento, de wiskerías, streap-tease, casas de lenocinio y demás categorizaciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución, sólo podrán desarrollarse bajo el tratamiento de renovación urbana, previa adopción de Plan Parcial, en armonía con la Ley 902 de 2004 y sus Decretos reglamentarios". Se precisa también en el artículo 3º que el "tratamiento de renovación urbana, por sí solo no habilita el desarrollo de usos de alto impacto referidos a prostitución y actividades afines".

Igualmente, en el artículo 4º, subrogado por el Decreto Distrital 116 de 2010, se ordena a las “Alcaldías Locales, bajo la coordinación de la Secretaría Técnica de la Mesa Interinstitucional de Zonas Especiales de Servicios de Alto Impacto, formular en un plazo no mayor a seis (6) meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, el diagnóstico de los usos de alto impacto en la respectiva localidad referidos a la prostitución” [56] .

Y en el artículo 5º se establece que una vez elaborado el diagnóstico de cada localidad, se cuenta con un plazo de seis (6) meses “para iniciar los procesos de adopción de los planes parciales respectivos, vencidos los cuales no podrán ser habilitados los usos de alto impacto en la ciudad”.

En fin, estos planes parciales, prescribe el artículo 6º, “deberán estar acompañados de un Plan de Acción Social, cuyo diseño estará a cargo de la Mesa Interinstitucional y cuya implementación se efectuará a través de la respectiva Alcaldía Local. El objetivo principal de este plan será atender a la población que se vea afectada de alguna forma por la implementación de los Planes Parciales”.

66. Puede observarse entonces que, conforme al Derecho de policía tanto procedente del legislador, como de la función encomendada a las autoridades administrativas de las localidades, la prostitución es un fenómeno social regulado, en la que operan diversos actores como son las personas que directamente ejercen la prostitución, los dueños y administradores de establecimientos relacionados con la actividad, las autoridades públicas con competencias y funciones sobre la materia y por supuesto los clientes. Los deberes que a cada uno corresponde, son reflejo tanto del reconocimiento de la actividad en sus diversas manifestaciones y momentos de la realidad, como del interés del Estado por acotar la actividad a ciertos y claros parámetros, dada su incidencia social y humana. Se sigue así un modelo reglamentista , dirigido a proteger la salud pública, el orden social, la convivencia entre quienes practican el oficio y el resto de la colectividad, así como a la ubicación geográfica de la actividad como forma de reducir su impacto.

2.4.4.3. Conclusiones parciales 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, conciente 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.

68. A partir de esta aproximación al Derecho positivo y a las disposiciones que concretamente se han referido a la materia, se podrán ofrecer razones para determinar si la prostitución como actividad regulada por el Derecho, puede ser entonces reputada como actividad lícita o ilícita.

2.5. Licitud o ilicitud de la prostitución 69. Atrás se indicó que las decisiones de instancia esgrimieron como argumento para no amparar los derechos invocados por la actora, el objeto ilícito del contrato alegado.

El a quo , aunque impuso medidas para que la Administración distrital atendiera el caso de la actora como madre gestante y lactante, niega la tutela de los derechos impetrados. Visto así, reconoció que había derechos fundamentales en juego relacionados con la condición biológica y social de la actora, derechos fundamentales de prestación, de igualdad, con protección especial reforzada (arts. 13, 43, 44 CP) pero todos a cargo del Estado, y no como resultado del incumplimiento de obligaciones laborales.

Señala sobre este particular , que no puede atender las peticiones demandadas, pues si bien “el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito (…) el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito toda vez que dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres (…)”.

Este argumento de la ilicitud se retoma por el Ad quem , y a él agrega que “ la pretensión de la demandante no es viable, debido a que la profesión escogida de manera libre y voluntaria, no puede imponerse a modo de contrato con el establecimiento demandando, por cuanto sería catalogar de legal una relación contraria al ordenamiento jurídico” [57] .

70. Con el tránsito de la ilicitud de la primera a la segunda instancia, el contrato cuya existencia alegó la actora como base de sus derechos fundamentales reclamados, se convierte en contrato imposible o inexistente, que no puede tener protección ninguna por parte del Derecho. Unas razones que, en todo caso, acotan intensamente las formas como se puede ejercer la prostitución, al excluir relaciones contractuales de las que se deriven obligaciones y derechos.

71. Los anteriores planteamientos representan para la Sala una cuestión de relevancia constitucional, más aún cuando, como acaba de verse, el Derecho aparte de reprimir que alguien induzca o fuerce la prostitución de otro, no prohíbe su “sólo ejercicio” y permite la existencia de establecimientos dedicados a ello.

Por esto se hace necesario analizar la noción de licitud de las prestaciones y actos que conciben los sujetos, conforme a la Constitución y al derecho legislado (2.5.1.), para verificar en seguida la forma en que opera ese marco general sobre la prostitución (2.5.2.) 2.5.1. Sobre la licitud en general del objeto y de la causa de los contratos o prestaciones, según la Constitución y el derecho legislado.

72. La pregunta sobre la licitud o ilicitud de una actividad, tradicionalmente se ha resuelto a partir del Derecho común, en particular de lo preceptuado por el Código civil.

Con todo, antes de acercarse a esta ordenación, debe la Sala establecer cuál es la respuesta que sobre el particular ofrece la Constitución (2.5.1.1.), como marco fundamental para el correcto entendimiento de las leyes.

En seguida, se analizará lo que éstas últimas regulan al respecto (2.5.1.2.) 2.5.1.1. Licitud a la luz de la Constitución y en especial del principio de dignidad humana 73. Por el carácter supremo de la Constitución, por ser norma superior de la que se deriva la legitimidad de las leyes y demás disposiciones, por el valor normativo y vinculante de sus normas de principios, derechos, competencias e instituciones, debe entenderse en un todo como parámetro para determinar los alcances de la autonomía privada. Por su particular incidencia existen dos elementos constitucionales de valor esencial para absolver la pregunta sobre la licitud o ilicitud de las prestaciones: la libertad y la dignidad humana. Ello no significa que no puedan ingresar otros bienes constitucionales a los efectos de una tal valoración;

significa únicamente que son ellos los que se insertan de modo estructural en el discurso jurídico de los acuerdos de voluntades. 74. En cuanto al principio general de libertad , conforme a los artículos 6º, 16, 26, 28, 84 y 333 de la Constitución, la licitud o ilicitud de una prestación, obligación o actividad asumida o desarrollada por los particulares, estará determinada por la relación que se teja entre la configuración legislativa dispuesta conforme a las competencias constitucionales y los ámbitos de libertad protegidos o reconocidos.

En todo caso, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y lo que en ellas no se encuentre prohibido, prima facie se entiende permitido. De allí que se contemple el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los demás y el orden jurídico, que pueda elegirse libremente la profesión u oficio, que sólo una orden judicial fundamentada y con las formalidades legales pueda imponer límites a la libertad de la persona en sí misma, su domicilio, o su familia. De allí también que para el ejercicio de derechos y actividades no se puedan establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales a los dispuestos por el ordenamiento de manera general y que también para el ejercicio de la iniciativa privada y la actividad económica no se puedan exigir más requisitos y permisos que los autorizados por la ley.

75. Por tanto y aunque en la definición de la licitud o ilicitud serán determinantes los derechos, bienes e intereses afectos a la actividad o al acuerdo de voluntades y a la incidencia que su ejercicio o disposición produzca en su titular y en otros sujetos, en términos generales la prestación será lícita cuando: i) cumpla con las normas jurídicas que la someten, incluido el respecto a los derechos de otros sujetos; y ii) se ejerza en lo restante, conforme las facultades derivadas del principio general de libertad; a ello se agrega iii) el criterio hermenéutico según el cual, cuando haya dudas sobre si una actividad de los particulares está prohibida o permitida, la libertad se preferirá a la restricción [58] .

Con base en éste también llamado principio pro libertate , la Corte constitucional ha determinado por qué el paciente puede adoptar decisiones relativas a su salud [59] o el individuo puede disponer post mortem de sus órganos útiles [60] , por qué el legislador tiene restricciones en su poder de configuración normativa de las medidas de aseguramiento [61] y en general de las sanciones personales, especialmente de carácter penal y disciplinario [62] .

Y, reconocido en su manifestación específica como libre desarrollo de la personalidad, también ha servido para excluir del ordenamiento jurídico restricciones a la participación en concursos [63] y para forzar a la reclusión en lugares especializados a mendigos, alcohólicos o enfermos mentales, entre otros [64] .

Igualmente al emplearse como pauta de interpretación, ha servido a la Corte para revocar órdenes administrativas de cierre de establecimientos o el decomiso de bienes [65] y para declarar inconstitucionales límites a ciertas actividades comerciales destinadas a publicitarse [66] , o exigencias como la exhibición de tarjetas o títulos para el ejercicio de ciertas profesiones u oficios [67] .

76. Junto con la libertad, dentro de las fuentes de definición de la licitud del acto de autonomía privada, se encuentra la dignidad humana (art. 1º C.P).

Este enunciado normativo posee un significado inmenso en el ordenamiento constitucional colombiano como principio fundante, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo. En él se reconoce, a la par con su valor

axiológico como pilar ético [68] o presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución [69] , su carácter de derecho por el que se protegen los poderes de decisión de los titulares de derechos fundamentales. En este sentido, garantiza "(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)".

77. Con esta definición, proveniente de la sentencia T-881 de 2002 [70] , la jurisprudencia constitucional reconoce el talante liberal, social y ético de la noción de dignidad humana, derivados de los ámbitos de autonomía que reconoce, de las condiciones que estima indispensables para ejercerla y de los valores que permiten la exclusión de ciertos bienes del mercado y de la disponibilidad de los individuos. Así precisó sobre los tres elementos:

"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.

"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.

"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" (resaltado fuera de texto) .

Es decir que, como ocurre con el principio general de libertad, la dignidad humana asegura una esfera de autonomía y respeto a la individualidad, de condiciones materiales y de condiciones inmateriales para su ejercicio, que debe ser respetada por los poderes públicos, los particulares, así como por el titular mismo del derecho.

78. Conforme a los anteriores criterios, es claro que nadie se obliga ni puede ser obligado a cumplir prestación que suponga atentar contra las posiciones jurídicas iusfundamentales de las libertades, ni contra la dignidad propia, menos

aún la de otros individuos o grupos. Tales valores se convierten en límites constitucionales definitivos a la disposición individual y al acuerdo de voluntades, pues son inherentes e inalienables.

2.5.1.2. Licitud a la luz del Derecho legislado 79. Desde la anterior construcción constitucional actúan las normas del Derecho civil cuando describen la materia.

80. Así, el artículo 1502 del Código Civil, recogiendo la tradición jurídica proveniente desde el Derecho romano, establece las condiciones de validez de las obligaciones: “ Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) Que sea legalmente capaz. 2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) Que tenga una causa lícita”. De los primeros ingredientes se desprende que no se crea derecho ni obligación, cuando la posición de derecho se asume por la fuerza o sin capacidad para adquirir responsabilidades exigibles.

Unos requisitos subjetivos y volitivos que se hallan en consonancia con el derecho de libertad o libre desarrollo de la personalidad, con el reconocimiento a la personalidad jurídica y con el derecho que de ellos se deriva, de la autonomía privada [71] .

Sobre los últimos conviene aproximarse con más detalle. 81. El artículo 1518 del Código civil (C.C.), señala que el objeto sobre el que recae una obligación debe ser física y moralmente posible y agrega que “es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

El artículo 1519 C.C. establece: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto” . En materia sucesoral, también se enuncian asuntos que no pueden ser objeto disposición, como lo establece el inciso 1º del artículo 1520 C.C. al disponer:

“El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona” . Otro tanto ocurre respecto de la compraventa, según el artículo 1521 cuando sienta:

“Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1o.) De las cosas que no están en el comercio. 2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello” [72] . Y conforme al artículo 1522 del C.C., “La condonación del dolo futuro no vale” .

Se establece por último en el artículo 1523, que “ Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes ”. 82. Ahora bien, sobre la causa de las obligaciones, dice el artículo 1524: “ No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita ”.

Finalmente, respecto otra vez de las dos nociones, dice el artículo 1525 CC.: “ No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas ”.

83. En este conjunto de preceptos se encuentra pues, que el objeto ilícito es el que controvierte al Derecho público de la Nación, el que contempla prestaciones y obligaciones expresamente prohibidas por la ley o excluidas de la libre

disposición de los sujetos y del mercado [73] .

La causa ilícita, por su parte, es la que tiene por motivos para celebrar el acto o contrato, razones expresamente prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres o a normas imperativas del ordenamiento.

Por esto es que se establece en el artículo 1741 C.C., que la ilicitud tanto del objeto como de la causa generan nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico, aunque como decía el artículo 1525 C.C., no se pueda repetir contra el que haya recibido.

84. En consonancia con la doctrina civilista, lo primero por advertir es que la licitud de la prestación o del objeto del contrato, no se desprende del bien o atribución patrimonial en sí mismos, sino de la forma como se haya calificado jurídicamente la actividad de los sujetos y el contenido de los actos de autonomía que ejecutan. Hay ilicitud del objeto, cuando se celebra un acto en el que se contemplan acciones expresamente excluidas de la libre disposición. Pero también lo hay cuando determinados bienes prohibidos por la ley son materia de un acto negocial, es decir, que se trata de bienes que están por fuera del comercio [74] .

85. Ahora bien, en lo que hace al contenido de la obligación, la licitud o ilicitud de la prestación o actividad y de su finalidad, dependen en sustancia del cumplimiento de las normas de orden público o imperativas y del respeto a las buenas costumbres.

86. El orden público, es entendido como las “cláusulas generales” o “principios basilares” del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad; son las normas cambiantes que ponen a tono el sistema jurídico con los tiempos y que encauzan la autonomía privada, según la primacía de los elementos fundantes del Estado social de derecho [75] . Se trata, en este sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del margen que determine la Constitución, y por tanto, los derechos fundamentales y sus límites [76] , el imperativo constitucional de tutelar especialmente a los sujetos en condición vulnerable, y, las finalidades que procura la intervención del Estado frente a los particulares [77] .

Esta noción evidencia un valor objetivo de interés esencial para el Estado. Mas, por mandato del principio del rule of law en el contexto de sistemas jurídicos de Derecho europeo continental, las normas imperativas o de orden público deben tener fundamento en la ley y estar plasmadas con precisión principalmente en el Derecho legislado. Por esto, el orden público puede ser fruto del ejercicio de competencias de Derecho público o de normas legales que imponen límites a los derechos.

87. De igual modo, las normas de orden público no son disponibles para los sujetos a quienes se dirigen. Porque en ellas están protegidos los bienes de mayor valor para el Estado, asegurados a través de severas sanciones, prohibiciones, mandatos y órdenes relacionadas con la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas [78] .

Así ocurre con el Derecho penal, el Derecho policivo, las medidas administrativas de ordenación y las restantes que así se reconozcan por el legislador. Todo a los efectos de que tal Derecho imperativo concreto, evidente y correctamente establecido, permita reconocer lo que delimita y restringe los derechos y facultades de la persona y de allí en adelante, sea posible el (amplio) despliegue de sus libertades [79] .

88. En lo que se refiere a las buenas costumbres , se ha dicho que con ellas se expresa “‘el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales’” [80] .

Representan entonces “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social” [81] , que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias [82] .

Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de “ventana sobre el orden ético” [83] .

La doctrina ha entendido de diversas maneras el concepto de buenas costumbres: en algunos casos como una ética absoluta que necesita de tutela del ordenamiento, en otros a partir de los parámetros de valoración dispuestos por el derecho positivo, o una delegación deliberada del contenido mismo de dicho límite a la autonomía contractual en la conciencia social, lo que implica remontarse a un determinado contexto histórico y social [84] .

89. Sin embargo, a la luz de la Constitución, estima la Sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos.

También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución (art. 1º, 7º, 13) y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de “buenas costumbres” no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento, sino de un “mínimo de corrección exigido” por las “‘representaciones colectivas’”, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios [85] .

90. Este mínimo de corrección equivale en la esfera individual , a que la noción de buenas costumbres como elemento para definir la licitud de una prestación, obligación o acto, deba operar en un espíritu de tolerancia como forma de respetar los principios de libertad y también de diferencia y sin reñir con el Estado de Derecho y el principio pro libertate .

Por esto, la Corte constitucional resolvió que las buenas costumbres no pueden ser descriptor ni pertinente ni suficiente del tipo disciplinario que sanciona a un servidor público que ejecute actos contrario a ellas [86] y también, en sede de tutela, declaró inválida la orden judicial que en razón de una moralidad no pluralista, ni tolerante, ni justificada, restringe en un espacio radial, la libertad de expresión [87] .

Como se dijo en la s entencia T-301 de 2004 [88] , en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, el concepto de moral pública sólo puede ser entendido de esta manera:

“(i) la justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio pro-libertate , y sujetarse por lo mismo a un test estricto de proporcionalidad [89] ; (ii) la imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos [90] ;

(iii) para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas – debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista [91] ; y (iv) ‘ está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia’” [92] .

91. Ahora bien, en la esfera colectiva la noción de buenas costumbres hace posible el cumplimiento de objetivos sociales constitucionales derivados de la fórmula de Estado del art. 1º CP y también hace posible reconocer la función social del contrato, su impacto en los intereses generales y en los “comportamientos honestos y leales” que se esperan de los contratantes. Son ellas el fundamento jurídico para señalar, a falta de normas de orden público, una ética contractual colectiva en beneficio de todos y que a falta de normas imperativas, como fuente para resolver los conflictos, dan forma a la prestación para satisfacer los propósitos que animaron a la suscripción del contrato, el respeto de los derechos ajenos (art. 95, 1 CP), y la realización de un orden económico justo (Preámbulo) [93] .

92. Bajo la anterior perspectiva la Corte ha concluido que en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta: “(i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos”. Y también en cuanto al juez, (iv) el papel de “velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes” y en las partes (v) el sujetar su autonomía “a los parámetros éticos de la buena fe” [94] .

Es decir que la licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho público y el principio de solidaridad impreso por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de allí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios.

2.5.2. Prostitución, variedad de situaciones frente al derecho 93. De los estudios efectuados por la Alcaldía y en general de la descripción que del fenómeno se hace por diferentes fuentes [95] , en la prostitución actúan diferentes sujetos, dependiendo de la modalidad en que esta actividad es ejercida.

Tres son las formas más frecuentes: · Trabajadores sexuales (mujeres y hombres en todas sus apariencias), que cumplen horarios por un número cierto de horas en establecimientos, para un pago de turno de valor oscilante, en el que también se percibe un ingreso por consumo de licor, conforme a un sistema de “fichas”. En esta figura, tres son las relaciones que se tejen: i) la de quien ejerce la prostitución y el establecimiento de comercio;

ii) la de aquella y cliente del servicio sexual; iii). La de éste y establecimiento de comercio. · Trabajadores sexuales que desarrollan su actividad de manera independiente, no permanecen en sitios fijos, no siguen ni están sometidos a horario ninguno y su beneficio económico se obtiene de su propio contacto con los clientes y de la comisión percibida por la gestión que desarrolle en los distintos establecimientos que frecuentan.

Las relaciones que aquí se plantean son diversas: i) la del trabajador del sexo y el cliente; ii) la del trabajador del sexo y los establecimientos a los que acude.

· Finalmente, una tercera modalidad que se desarrolla en establecimientos denominados “reservados”, donde los trabajadores sexuales permanecen sin turnos en el sitio y solo obtienen dinero si prestan el servicio. En éste, el esquema de relación es el del primer caso, aunque su configuración fáctica de lugar a la generación de prestaciones diversas.

94. Pues bien, para que estas modalidades de ejercicio puedan ser calificadas como lícitas o ilícitas, es necesario retomar los conceptos hasta aquí reconocidos, de los que se derivarán las correspondientes conclusiones. Pasa entonces la Corte a estudiar el tema frente a la actividad en su conjunto (2.5.2.1.), para luego concretar el análisis genérico en la figura reclamada en el caso concreto (2.5.2.2.) 2.5.2.1.

La prostitución, una actividad lícita con límites estrechos 95. Ningún tipo de trabajo sexual puede ser atentatorio de la libertad y de la dignidad humana de ninguno de los sujetos de la relación, incluida por supuesto la persona que ofrece el servicio.

Esta condición definitiva para el ejercicio de la libertad de disposición y autonomía privada, cobra mayor fuerza e importancia en la valoración del asunto, cuando los informes establecen cómo el trabajo sexual se ha ido relacionando de modo cada vez más estrecho con la trata de personas [96] , el turismo sexual y en definitiva la prostitución forzada [97] . Actividades que, las más de las veces, crean negocios con dividendos enormes para sus promotores y satisfacción para

aquellos que se sirven de ellas, en contraste con la esclavitud e indefectible abuso y degradación humana de la persona “traficada” y en su caso prostituida [98] .

De modo que plantearse la licitud de la prostitución en sus diversas manifestaciones, sólo puede ocurrir si se está partiendo del supuesto de que en su ejercicio media de modo íntegro y persistente la voluntad libre y razonada, en particular de la persona que vende el trato sexual [99] .

96. El anterior criterio contrasta en efecto, con la predisposición que en la modernidad se ha tenido respecto de la prostitución, reputada como una actividad indigna de la protección del derecho. Con esta concepción, se ha estimado reprochable y sujeto del estigma social, la relación sexual sin compromiso afectivo, sin tener por objeto la reproducción y en donde sólo se procura la búsqueda de la satisfacción sensorial de un sujeto, a cambio de una retribución económica que recibe otro [100] .

De allí la tendencia universal hacia el prohibicionismo [101] , o a que, por ejemplo, y sin necesidad de proscribir la actividad, los jueces hayan considerado que no es dable reconocer derechos indemnizatorios por daños, cuando la afectación que se alega está relacionada con el ejercicio de la prostitución [102] .

De ahí también que en especial la juez de primera instancia en este proceso, haya despachado el problema jurídico laboral formulado por la actora, con el argumento sencillo y rotundo de que la relación reclamada presenta objeto ilícito por ir en contra de las buenas costumbres.

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” [103] ..

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 [104] , 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” [105] , 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” [106] , 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 [107] .

97. Tras estos razonamientos y opiniones [108] , estima la Corte que se puede ocultar la idea plausible e ilustrada de la humanidad que recoge la nación colombiana en los valores construidos y reconocidos en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos suscritos, por la cual se excluye a la prostitución de los paradigmas del desarrollo profesional, laboral o personal de un individuo y se aspira a que quienes a ello se dedican puedan “redimirse”.

Sin embargo, la postura que representan no puede ser admitida sin miramientos y sin las precisiones necesarias que reclama su análisis a la luz de la Constitución y en particular de los derechos fundamentales y la noción de igualdad, como se expone a continuación.

a. Una actividad económica reconocida por el Derecho 98. En efecto, con base en los elementos de juicio que preceden, la prostitución debe considerarse prima facie una actividad lícita. Pues, aparte de la imposibilidad o al menos grandiosa dificultad de eliminar dicha práctica [109] , ante su existencia efectiva y su inserción en el mercado [110] en el que obtienen los recursos de subsistencia y desarrollo económico un incierto número de personas [111] , la prostitución no se excluye del tráfico jurídico y en ese orden puede desplegarse en el margen de acción regulado, controlado, limitado, pero en todo caso permitido.

99. Sobre el particular, se decía en la sentencia C-507 de 1999, al estudiar una norma legal por la cual se reconocía como falta contra el honor militar, el asociarse o mantener notoria relación, entre otras personas, con prostitutas o el practicar o propiciar la prostitución:

(…) tampoco considera la Corte razonable que se califique de 'antisociales' a (…) las prostitutas (…), como lo hace arbitrariamente el literal c) del artículo 184 bajo examen. Tales condiciones se derivan de una opción de vida sexual resultante de diversos factores de orden personalisimo, que no corresponde a esta Corte entrar a analizar, pero que en todo caso, jamás pueden ser tildados de conductas antisociales.

"La prostitución (…) [es], en efecto, [una de las] opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado social de derecho, razón por la cual, aquellos que la han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna. Por el contrario, según las voces de la propia Constitución Política, su condición de personas libres y autónomas debe ser plenamente garantizada y reconocida por el orden jurídico, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la comunidad" [112] .

100. Es decir que, no obstante el conflicto axiológico que plantea, la prostitución existe y sobre todo puede existir, y cada una de las relaciones arriba señaladas entre personas que ejercen la prostitución, clientes y dueños de los establecimientos de comercio relacionados con la prestación del servicio, podrá entenderse lícita en la medida en que: i) respete la libertad y dignidad humanas, así como los derechos ajenos; ii) respete los límites más severos previstos en los tipos penales del título IV, capítulo cuarto del Código Penal, a más de cualquier otro delito; iii) de cumplimiento a las normas de carácter policivo existentes, relacionadas con el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social.

101. Y en aplicación del principio-derecho de igualdad formal y a falta de razones que justifiquen una conclusión diversa, la prostitución en los contornos delimitados por el Derecho, constituye una actividad económica que hace parte de los mercados de servicios existentes, sometido a sus propias reglas de oferta y demanda y en el que un cierto número de actores procuran alcanzar un beneficio económico, para subsistir, proveerse el mínimo vital, ganarse la vida o desarrollarse económicamente. Es decir que a través suyo, guste o no, se ejercen libertades económicas [113] , que en el marco del principio de igualdad, formal, de trato, de prohibición de la discriminación sin causas legítimas que lo justifiquen, están llamadas a arrojar las consecuencias que se espera de las mismas.

102. Así, en todas las modalidades descritas, para la persona que la ejerce representa el ejercicio de la libertad, el derecho y el deber del trabajo y también, de un oficio que debe escoger con libertad y autonomía (artículos 25 y 26 CP), asumiendo las cargas y riesgos que supone, pero también, ante todo, con la expectativa legítima de que la prestación de los servicios que depara le permita obtener un beneficio económico. Una actividad con la que además asume el compromiso que corresponde a todos los sujetos capaces en el Estado social de derecho, para ser ellos los que prima facie, fruto de su propio esfuerzo, generen el patrimonio para satisfacer las necesidades y el mejoramiento de sus propias condiciones de vida (artículos 1º y 25 CP).

O, dicho de otro modo, es la forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 6º del PIDESC, en el que se establece que los Estados partes "reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para

garantizar este derecho". Y también en el artículo 6º del Protocolo de San Salvador a la Convención americana de DDHH, que reconoce el derecho al trabajo como el que "incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

103. Pero también la prostitución como actividad económica puede representar fuentes de trabajo para otras personas que sin ejercer el oficio y sin incurrir en delito, participan en diversas actividades que constituyen en suma la realidad del "negocio" [114] , siempre tras el cumplimiento de las exigencias dispuestas por el Derecho.

104. Y además, ingrediente importante, cuando la prostitución se desarrolla en torno de un establecimiento de comercio, se trata de una actividad en la que también participan como libertades, la de empresa. Porque quien de manera independiente organiza en torno de la prostitución un negocio, sea bar, grill, discoteca, o reservado, o cualquiera de las modalidades existentes en el mercado, ejerce la libertad del art. 333 CP [115] .

Quiere ello decir que la prostitución, como ocurre con otras actividades poco edificantes pero toleradas por el Derecho [116] , puede ser una manifestación de la libre iniciativa y actividad económica, dentro de los estrechos límites del bien común dispuestos por el Derecho penal y policivo y por los requisitos de más que sean legalmente dispuestos por la función social, la responsabilidad de la actividad económica que desarrolla y por las necesidades del interés social, ambiental y del patrimonio cultural propios a toda empresa.

Es cierto que, como quedó dicho, el tipo contemplado en el art. 213 del Código penal, excluye de la iniciativa empresarial todo acto por el cual se induzca a la prostitución con el ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, aunque se produzca sin coacción y/o sin que la víctima prostituida posea condiciones especiales que faciliten su prostitución. Pero la imposibilidad de promover el ejercicio del trabajo sexual como forma de activar el funcionamiento del negocio propio, no significa eliminar por entero el ejercicio de la actividad empresarial en comento. Significa simplemente, el someterla a una restricción adicional frente al recurso humano que desarrolla la actividad propiamente dicha, restando en lo demás todas las facultades del empresario que, dentro de sus límites, le son propias. Acceso al mercado e instalación en zonas de la urbe determinadas, derecho a competir con responsabilidades, procura de un beneficio económico sin inducir a los trabajadores sexuales ni coaccionarlos, contratación, dirección, organización, todo para la permanencia en el mercado o en su caso, también facultad de retiro.

Ciertamente es más una libertad positiva que negativa, pues antes que ser libre para hacer, concebir y desarrollar la actividad por la cual se venden tratos sexuales a otros, lo que decide libremente es con qué recursos, cuándo y por qué lo hace, contando inexorablemente, no sobra repetirlo, con la aquiescencia plena e independiente, fuera de toda inducción o coacción, de quienes prestan el servicio en concreto.

b. Actividad económica regida por el Derecho Común 105. Evidencia de que se trata de una actividad económica lícita, se encuentra en el hecho de que en su desarrollo cobran vida diversos regímenes del Derecho común, aplicables por cierto, en razón de su naturaleza económica:

El derecho comercial, el derecho tributario y el derecho indemnizatorio. 106. En efecto, aunque sujeta a las restricciones que se derivan del alto impacto de la actividad, cuando la prostitución se ejerce en bares o establecimientos de comercio dedicados a ella, cabe como se ha dicho hablar allí de empresa, descrita en el art. 25 del Código de Comercio, como "toda actividad económica organizada para la producción, trasformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios " y que se realizará " a través de uno o más establecimientos de comercio" , que son según el art. 515 del mismo Código, " un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa ", que por mandato del art. 26 idem , deben estar inscritos en el registro mercantil, junto con todos los actos, libros y documentos que exigieren tal formalidad.

Porque en tales establecimientos, además de otros actos como la venta de licor, la presentación de espectáculos, la ambientación musical, ante todo se facilita el servicio sexual a los clientes, actividad que se ejecuta contando con la participación de trabajadores sexuales y también con un conjunto de bienes organizados para tal finalidad y para percibir un lucro derivado de ello.

107. Y por esa misma razón, por ser actividad económica relacionada con la venta de bienes y en particular con la prestación de servicios que han de generar una "riqueza", al no hallarse exceptuada ni tener por qué estarlo [117] , les es aplicable el régimen tributario común de nivel nacional y local: Declaración y pago de renta, declaración y pago del IVA por la prestación de servicios, al menos respecto del trabajo no subordinado o sin relación laboral [118] , a más del impuesto de industria comercio y avisos ICA [119] .

108. La vigencia del Derecho comercial y fiscal sobre la prostitución como actividad económica queda en evidencia, cuando el Código CIIU (Código Internacional Industrial Uniforme) que utilizan tanto las cámaras de comercio como las administraciones de impuestos nacional y distritales para determinar la existencia y actuación de la misma, la registra bajo diversas fórmulas.

Como ocurre en el caso en estudio [120] , los establecimientos dedicados a la prostitución pueden operar bajo el rango de "Otras Actividades de Servicios, no clasificados previamente", como "Servicios de acompañamiento", código 0930903, "servicios de masajes", código 0930902, sumado al de "Expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del establecimiento", código H5530, al poderse organizar como "Bares y cantinas"-H553001-, "Discotecas y tabernas" -H553003-, o "Griles, whiskerías y coreográficos" -H553002-. También se pueden manifestar en otras modalidades como "alojamiento en amoblados" -H551202-, "alojamiento en moteles" -H551203-, "alojamiento en residencias"- H551201-.

Registros que, como sucede en general con cualquier actividad comercial, permiten dar a conocer frente a terceros la existencia del establecimiento de comercio respectivo, a sus actos y datos de interés interpartes y para terceros, o en general para la seguridad jurídica [121] .

109. Y, como se advertía, también por ser actividad económica, la prostitución viene a ser reconocida por el Derecho del daño, al determinar órdenes judiciales para la reparación no ya de los perjuicios morales, sino materiales generados por la pérdida de la persona que prestaba el servicio.

110. Así ocurrió cuando en sentencia del 7 de octubre de 1994, el Consejo de Estado, Sección Tercera [122] , revoca una decisión del a quo por la cual se había negado la pretensión del pago de perjuicios materiales reclamado por los hijos de una mujer que había muerto a manos de las FF.MM. y que al parecer se dedicaba al comercio sexual. El Consejo de Estado estima que en este caso era procedente reconocer tales perjuicios, sobre la base de las siguientes consideraciones:

"El hecho, sobre el cual el proceso contiene simples rumores, de que la difunta comerciara con su cuerpo, asunto que se constituye, las más de las veces, en un producido de la necesidad y de otras dolencias sociales del país, no excluye para nada que los niños subsistieran al amparo de su madre, la cual, por lo demás, se encontraba en plena edad productiva. No se debe olvidar que en procesos de esta naturaleza, se reclama el perjuicio personal sufrido por los demandantes; tal perjuicio, para el caso, consiste en la carencia de medios económicos con posterioridad a la muerte de la madre".

Es decir que una obstrucción del derecho al trabajo sexual y a la actividad económica lucrativa que gira en torno suyo, pueden ser objeto de lesiones jurídicamente relevantes y reparables, con lo cual se corrobora, a contrario sensu , una regla primordial del derecho de daños que debe ser interpretada de todas formas de manera restrictiva: la indemnización no puede convertir lo ilícito en lícito.

111. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 18 de septiembre de 1997 [123] , rechazó las pruebas orientadas a desprestigiar a la víctima con base en su comportamiento sexual anterior, bajo el

siguiente razonamiento:

“(…) Tiene también en este cuarto cargo, la razón la Procuraduría Delegada y baste agregar que el fallo combatido sí consideró tal situación y dijo que ‘ aún las mujeres de la vida disipada gozan de la protección de dicho bien jurídico’ (fl.591), refiriéndose a la libertad sexual, interés jurídico que protege la descripción legal por la cual fueron condenados los acusados.

“No va a discutir la Sala si Laura Cristina es o no una joven ‘de vida disipada’, porque, de cara al delito por el cual se dictó el fallo atacado, toda consideración al respecto devendría impertinente (…) “[De tal suerte,] dejando de lado las concretas razones de la prostitución (y aquí no se ha probado que Laura Cristina sea o haya sido prostituta), la Sala debe replicar a tal reproche que, es de elemental conocimiento jurídico, el argüido “ modus vivendi ” en nada incide, de suyo, en la libertad para disponer de la sexualidad.

Es decir que por más prostituta que sea una persona su referida libertad debe ser respetada, so pena de que el Estado, a través de su aparato judicial, castigue ese irrespeto que él mismo (por conducto del legislador) ha elevado el rango del delito”.

Es decir que frente al abuso sexual, opera igualmente la protección jurídica para quien ejerce la prostitución, porque al ser una actividad lícita con la que una persona se desarrolla económicamente, puede ésta no solo ser víctima del delito en mención, sino que también puede buscar el amparo jurídico para evitar que su oficio se convierta en excusa para desconocer sus derechos [124] .

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

Existen ciertamente convenios y actuaciones relacionadas con ella que están excluidas de los ámbitos de libertad de los sujetos, que son prohibidas o reguladas de modo tal que su incumplimiento acarrea sanción penal o contravencional. Empero, una vez acatado ese régimen jurídico con el cual se hace efectivo el poder normativo del Estado para armonizar la práctica social de la prostitución con los intereses colectivos y los derechos de personas involucradas en la actividad y de otros, poseen objeto y causa lícitas las prestaciones, obligaciones y acuerdos establecidos en torno suyo.

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

Pues, no importa cuán chocante sea, a falta de un Estado asistencialista que suministre la procura existencial a todos los sujetos o una renta básica para la subsistencia, la prostitución se convierte en la actividad que sometida a los parámetros constitucionales dichos, controlada urbanísticamente y en términos de salubridad, ordenada en el comercio y sujeta a obligaciones tributarias claras y específicas, permite a un número importante de personas ganarse la vida [125] .

114. Por lo mismo, no es legítimo considerar que aún respetando el Derecho, pueda apelarse a las buenas costumbres como fuente para declarar ilícita una prestación relacionada con la prostitución, pues como se ha visto, dicha noción no actúa como fuente paralela al Derecho positivo sino conforme a él.

Una interpretación así supondría una ruptura de la coherencia del orden normativo, una suerte de venire contra factum proprium de los operadores jurídicos [126] , por la cual se admitiría que la ilicitud de los acuerdos relacionados con la

prostitución va en contra de las buenas costumbres, cuando por otra parte el Derecho objetivo reconoce la actividad como económica, la registra, la grava, impone a sus actores deberes y también les reconoce derechos [127] .

115. Es que a falta de toda regulación, con base en las buenas costumbres y en ese tanto, con base en lo previsto en el artículo 13 de la ley 153 de 1887 [128] , “a falta legislación positiva”, podría determinarse la ilicitud de todos los acuerdos que giran en torno del acto de prostituirse y por la misma vía de múltiples opciones individuales que no se acompasaran con una susodicha moral mayoritaria.

Sin demasiados miramientos, todas estas decisiones podrían ser estimadas generalmente como contrarias a la moral cristiana, es decir a la moral social [129] , que más valdría llamar claramente la virtud social republicana, que se halla a la base del discurso de los derechos; todas ellas, por tanto, podrían ser merecedoras de un juicio de invalidez. Pero, como el Derecho sí ha regulado el fenómeno, lo reconoce, lo regla y ordena y como la prostitución puede hacer parte del libre desarrollo de la personalidad y del vivir como se quiera y del vivir bien (el ganarse la vida), no es admisible disponer ex novo , a partir de una moralidad de jueces, la ilicitud de aquellos acuerdos, cuando en la prestación u obligación que se analice se han cumplido a cabalidad con los principios y reglas que la someten, cuando no hay coacción, ni inducción, cuando se pacta en libertad, como decisión propia, autónoma, sin afectación de la integridad física o moral.

116. Y aunque la polémica entre el Derecho y la moral siempre estará abierta [130] , y el culto a sentimientos religiosos o a las formas y la apariencia siempre podrá hacer parte de los modos de pensar, actuar, decidir y comportarse en las sociedades plurales, tales concepciones o maneras de ver el mundo no pueden convertirse en fuente de Derecho para restringir legítimamente derechos ni libertades. Tales concepciones no pueden ser reconocidas como finalidad imperativa para un trato desigual ante la ley, ni el argumento de idoneidad o necesidad que fundamente una discriminación en contra de quienes ejercen la prostitución o, en le marco de la legalidad, viven de ella.

Como pieza conceptual que alimenta la movilidad del ordenamiento jurídico, al conectar la realidad y las convicciones de las gentes con las normas que los rigen, las buenas costumbres podrán servir para llenar vacíos, para poner en evidencia el carácter desueto de ciertas reglas, pero está del todo claro desde el sistema de fuentes, que no puede suplir las disposiciones del orden positivado [131] y de los principios constitucionales que rigen su interpretación.

2.5.2.2. ¿Una actividad lícita que excluye la subordinación del trabajador sexual? 117. Las anteriores aseveraciones según las cuales, vale la pena reiterar, en el marco de la dignidad humana, de la libertad y de las opciones que ofrece el principio general de libertad en cuanto a las formas de ganarse la vida, permiten afirmar que la prostitución voluntaria sin constreñimiento ni inducción es una actividad económica lícita, lo que también se predica de los acuerdos celebrados entre clientes o establecimientos de comercio y las personas prostituidas.

Se ocupará la Sala únicamente de esta última relación, por ser la que interesa conforme los hechos del proceso. Y a este respecto vale la pena preguntarse: ¿Se hace referencia a todo tipo de acuerdos de voluntades, sea el de arrendamiento de servicios (artículos 1973 y 2063-2064 C.C.), sea el que se pueda considerar en términos materiales como contrato de trabajo o prestación de servicios por cuenta ajena? 118. La primera modalidad ha sido comúnmente admitida pues al no estar prohibido el propio ejercicio de la prostitución, puede quien así se desempeña llegar a acuerdos puntuales, renovados una y otra vez, siempre de manera independiente, de igual a igual, con los establecimientos de comercio donde resulta propicio para el trabajador o trabajadora sexual llegar al contacto con los potenciales clientes, o donde, en efecto, puede prestar sus servicios: Bares, tabernas, discotecas, moteles, residencias, hoteles. Estos, le reconocen una comisión a aquellos, bien por el licor consumido con el cliente, bien sobre el costo que se cobra por la habitación, de manera que la prostitución en cuanto tal se entiende ejercida por cuenta propia. Mas, aparte de tal modalidad, la opinio iuris pareciera estimar sin suficiente racionalidad ni fundamento [132] , que no es admisible otro tipo de relación y en

particular la derivada de un contrato de trabajo, pues una tal convención supondría objeto ilícito. Así lo entendieron precisamente los jueces de instancia en este proceso de tutela.

119. Entra la Corte a precisar sobre este punto, que es el que interesa en este proceso, a partir del análisis general del contrato de trabajo según el ordenamiento (a), las condiciones subjetivas que protegen a las trabajadoras embarazadas, lactantes y/o madres cabeza de familia (b), supuestos generales cuya aplicabilidad se analizará para el caso de las personas que ejercen la prostitución por cuenta ajena (c), con determinación de los límites que estima la Sala deben aplicarse, dado el objeto de la prestación laboral de que se trata (d).

a. Apuntes sobre el contrato de trabajo y el Derecho laboral 120. Este contrato especial que dio origen a principios del siglo XX a una nueva rama del Derecho, se ha diferenciado de los contratos civiles por ser el que coloca al trabajador en estado de subordinación "contra su misma libertad negocial [plena], abandonando el mito liberal de la igualdad formal entre contratantes y de la consiguiente natural equidad del contenido del contrato, para tomar una nota de desigualdad sustancial de las partes (…)" [133] .

En efecto dispone el artículo 22 del C.S.T.: " 1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario" .

De esta disposición, en armonía con el art. 23 ibídem, se han reconocido entonces como sus elementos esenciales, i) la prestación personal por cuenta ajena; ii) la subordinación o dependencia del trabajador frente al empleador; iii) la vocación de continuidad de la prestación; iv) el salario o retribución económica convenida [134] .

121. En la sentencia C-397 de 2006, la Corte al estudiar este precepto y en particular la subordinación acusada en ese caso por atentar contra los derechos al trabajo, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la dignidad humana, entre otros, señaló cómo es éste el elemento determinante que lo diferencia de otras relaciones de prestación de servicios.

Subordinación que es propia de la forma como se desenvuelven la propiedad privada y la libertad de empresa en los sistemas productivos de los regímenes políticos de estirpe liberal.

Tal condición de desigualdad es la que explica la existencia de unos principios constitucionales del Derecho, la necesidad de que el Congreso de la República expida el estatuto del trabajo, y también el amplio catálogo de tratados internacionales en los que se protegen los derechos del trabajador [135] . Por lo mismo, los poderes o facultades que supone para el empleador, se hallan restringidos "por los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana, a los derechos fundamentales que en ella se sustentan y a los principios mínimos fundamentales en materia laboral".

122. Dicho elemento es diferenciador, no sólo frente a los contratos civiles y comerciales, sino frente a otras relaciones de trabajo existentes. Estas, reconocibles a través de diversas figuras como los contratos de prestación de servicios y las órdenes de servicios, entre otros, aunque en determinadas circunstancias han dado lugar al reconocimiento de derechos equiparables a los laborales [136] , en todo caso se diferencian de estos en que no hay una relación en la que alguien se subordina a otra persona natural o jurídica que desarrolla una actividad económica independiente para prestar servicios o producir bienes para el mercado.

Por el contrario, el contrato de trabajo implica, se dijo en sentencia C-386 de 2000, la subordinación del empleado, o sea el "poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar

las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos".

123. Sobre el salario, dice el art. 127 C.S.T. [137] : " Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones ". Se excluyen empero de dicho concepto " las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador " (art. 128 C.S.T.), mas se admite el salario en especie (art. 129 C.S.T.) .

También cabe destacar el artículo 131 C.S.T. según el cual " 1. Las propinas que recibe el trabajador no constituyen salario. 2. No puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas ". E igualmente el artículo 132 C.S.T., el cual establece las formas y libertad de estipulación de los salarios, señala a este respecto: " 1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales ". A esta regla suma, la figura del salario integral.

124. La interpretación del contrato en su integridad y también de sus elementos esenciales, se ha construido por la jurisprudencia de esta Corporación en el marco de sus competencias constitucionales [138] , a partir de los principios que estructuran el Derecho laboral [139] , cuyo común denominador es su carácter garantista derivado de los contenidos en el artículo 53 constitucional, reconocibles en el Código Sustantivo del Trabajo [140] .

Se habla del principio de protección no sólo frente a la vida e integridad del trabajador (art 56 C.S.T.), sino también frente al trabajo mismo (art. 9º C.S.T.) [141] .

De ahí el principio de favorabilidad (art. 21 CST), de condición más beneficiosa (art.16 C.S.T.), el principio de indisponibilidad de los derechos fundamentales del trabajo, de los derechos adquiridos y demás derechos ciertos e indiscutibles (arts. 25 y 53 CP y 14 y 15 CST), los principios de estabilidad, progresividad y confianza legítima (arts. 53 CP), el principio de primacía de la realidad (art. 24 CST). Este último, una garantía de especial relevancia que, como se dijo en sentencia C-655 de 1998 [142] , no admite discriminaciones a partir de la supuesta relación comercial o civil que se presuponga, al ser ésta "violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo". De modo que siempre que se den las condiciones materiales de la relación de trabajo, viene a operar la presunción y corresponde al empleador desvirtuar la misma y demostrar que la relación con el trabajador es de otra naturaleza [143] .

125. A las anteriores precisiones deben sumarse otras, que resultan valiosas para el proceso. 126. Así, en cuanto a las modalidades del contrato de trabajo, se contempla tanto la forma verbal como la escrita, precisando que "para su validez no requiere forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario" (art. 37 C.S.T.).

Y en cuanto al verbal, dice el artículo 38 C.S.T. [144] : "Cuando el contrato sea verbal, el {empleador} y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos: 1. La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse; 2. La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago; 3. La duración del contrato".

Este empero se entenderá indefinido porque el contrato a término fijo debe siempre constar por escrito (art. 46 C.S.T.) . 127. También conviene, en repaso veloz, reconocer las obligaciones que asumen las partes del contrato.

En lo que hace al empleador, se aprecia la obligación general de brindar protección y seguridad al trabajador (art. 56 C.S.T.), así como otras específicas (art. 57 C.S.T.). Son ellas el disponer de los bienes y recursos necesarios para la realización de las labores (art. 128 C.S.T.), garantizar la seguridad y salud de aquél (art. 1º del Decreto 13 de 1967, 59 del Decreto ley 1295 de 1994), prestarle los primeros auxilios en caso de accidentes o enfermedad, pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos (art. 127 C.S.T.), guardar respeto a la dignidad del trabajador, a sus libertades positivas y negativas (art. 57, num 5º C.S.T) [145] .

También se consagra la de conceder los permisos de ley [146] , expedir los certificados laborales requeridos, pagar los gastos de traslación del trabajador de su lugar de residencia, cumplir el reglamento y mantener la moralidad y el respeto a las leyes (art. 57, num. 6º, 7º, 8º y 9º C.S.T.). Se consagran adicionalmente otras obligaciones de no hacer (art 59 C.S.T.), en donde sobresalen aquellas relativas a no exigir otras prestaciones de los trabajadores no contempladas dentro de la relación laboral estipulada [147] , no efectuar deducciones no autorizadas a su salario [148] , así como el no impedir el ejercicio de la libertad de asociación sindical [149] .

El trabajador, por su parte, debe actuar con lealtad y obediencia (art. 56 C.S.T.), entendida ciertamente dentro de los límites que imponen la Constitución y dentro de ella el principio de libertad y el derecho fundamental de la dignidad humana.

Y como obligaciones especiales (art. 58 C.S.T.) se consagran el “realizar personalmente la labor, en los términos estipulados” así como cumplir las órdenes impartidas; mantener reservada la información que tenga sobre su trabajo; emplear adecuadamente los bienes de la empresa a su cargo;

“guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”, prestar la colaboración necesaria para proteger los bienes de la empresa y demás derechos amenazados, además de seguir las reglas para el caso de adquirir enfermedades profesionales. Y en lo que se refiere a las prohibiciones (art. 60 C.S.T.), se contempla el no sustraer bienes de la fábrica, taller o establecimiento sin permiso, presentarse al lugar de trabajo en estado de afectación física y mental, conservar armas de cualquier clase en el sitio del trabajo salvo autorización legal especial, faltar al trabajo “sin justa causa de impedimento o sin permiso (del empleador), excepto en los casos de huelga”, disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución o entorpecerlo, coartar la libertad de otros trabajadores para que se afilien o no a un sindicato, para que permanezcan o se retiren de él.

128. Ahora bien, esta especialidad del contrato no supone que los criterios de validez del mismo sean del todo distintos a los del Derecho común.

129. Salvo las reglas especiales que prevalecen (arts. 14, 19, 20, 21 CST), son los mismos que operan en el Derecho común (art. 19 CST), esto es, reclaman la capacidad y el consentimiento de las partes, con énfasis por razones obvias en las del trabajador [150] .

De igual modo debe representar un objeto lícito, el cual estará determinado por el carácter de normas de orden público de las disposiciones que regulan el trabajo humano (art. 14 C.S.T.).

Con estas disposiciones sumadas a los elementos esenciales, se observa que son objeto y causa del contrato de trabajo, las prestaciones de hacer, dar y los derechos de recibir un provecho.

Esto es, la prestación laboral para realizar por cuenta ajena , una obra o un servicio que siendo posibles, lícitos y determinados, sirvan a los intereses del empleador quien por aprovechar esa capacidad de trabajo, paga un salario acordado. Un contrato que entonces tiene por causa o finalidad de las partes, la ejecución del trabajo para el patrono y para el trabajador la obtención de una retribución prometida, lo que planteado desde el enfoque constitucional, representa

entonces el ejercicio de libertades económicas (de trabajo y de empresa), que como se ha visto, deben regirse por la Constitución, la ley y las buenas costumbres o valores culturales constitucionales que ellas representan.

130. Con todo, como observación particular sobre estos elementos, cabe destacar que interpretando el Derecho, la doctrina plantea que cuando se celebra un contrato sin que el trabajador tenga capacidad jurídica o cuando la prestación a la que se ha comprometido tenga objeto o causa ilícita, demostrada la buena fe de aquél, esto es, que desconocía la existencia de tales vicios, puede demandar el pago de sus acreencias laborales [151] .

En efecto, si bien se establece en el artículo 43 C.S.T., que en " los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador " en relación con lo que establezca el derecho aplicable [152] , ni tampoco " las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto ", se agrega inmediatamente: " pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente ".

Con esta disposición, se dice, viene a reforzarse el sistema de garantías normativas propias del Derecho laboral, pues junto con la presunción del contrato de trabajo (art. 24 CST), la protección de la prestación efectiva del trabajador como forma de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores (artículos. 1º y 22, num 2º CST), permiten entender que ante la existencia de un contrato de trabajo con objeto o causa ilícitas, los efectos de la declaratoria de nulidad son ex nunc , es decir que sólo rigen hacia el futuro, con lo cual quedan indemnes las prestaciones debidas [153] .

131. Esto en lo que se refiere a la descripción general del Derecho laboral. Se presentan a continuación algunos elementos relacionados con el trabajador, relevantes en el caso.

b. Condiciones subjetivas del trabajador: el caso de la mujer embarazada y madre cabeza de familia 132. Dentro de las construcciones jurídicas creadas desde el Derecho laboral, tanto positivo como jurisprudencial, se han ido reconociendo garantías de carácter subjetivo que, en adición a las que arriba se reseñan, arropan de protección especial al trabajador o trabajadora, dadas sus circunstancias específicas. Se trata de reducir de los ámbitos de libertad de las facultades propias del empleador, toda veta de discriminación basada en la persona del trabajador, en sus particularidades connaturales, inherentes e irrenunciables y de activar la obligación constitucional del Estado de propender por una igualdad efectiva de grupos que se encuentran en desigualdad de condiciones (art. 13 constitucional).

133. Para el caso de la mujer, que es también sujeto de especial protección que interesa en este asunto, en términos generales la discriminación ha estado basada en concepciones patriarcales de organización social y también en prejuicios por los cuales durante mucho tiempo el propio Derecho ha tenido a la mujer como sujeto inferior y por tanto subordinable. De allí que uno de los leitmotiv del Estado constitucional, social de derecho y pluralista, haya sido precisamente el reconocer entre las muchas desigualdades existentes e intolerables, la de la mujer, a fin de superarla a partir de políticas de inclusión, reconocimiento de derechos específicos y naturalmente garantías jurídicas especiales [154] .

A estos últimos efectos es que se han ido perfilando una serie de acciones afirmativas para la consecución de la igualdad de la mujer en la sociedad, dentro de las cuales sobresalen las que operan en el ámbito laboral, como posiciones jurídicas diferenciales de estabilidad laboral reforzada, predicable para la mujer trabajadora en embarazo o en período de lactancia o para cuando funge en su hogar como madre cabeza de familia.

134. En cuanto al primero, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante se ha reconocido por la Corte como fundamental [155] , conforme lo dispuesto en el derecho positivo, que obra como un

mecanismo de defensa ante la afectación pluriofensiva que puede representar en ella y en los suyos un despido ilegítimo [156] .

Con su ejercicio se ampara la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la mujer, garantizándole el poder escoger libremente ser madre sin miedo a imposición de condiciones adversas en su situación laboral y social. Se protegen asimismo los derechos de los niños (art. 44 CP), al brindarle a la madre las condiciones para su bienestar, para que cuente con los recursos para atender sus necesidades y las de su prole (art. 43 CP). En fin, con su aplicación se fomenta el cuidado a la familia dentro del orden constitucional, como bien que está llamado a cuidar tanto el Estado como los particulares (arts. 5º y 42 CP).

135. Es, además, una protección subjetiva prevista expresamente en el artículo 53 de la Constitución Política, cuando incluye como principio que debe regir el estatuto del trabajo el de la protección especial a la mujer y a la maternidad . Dicha protección en el campo laboral es lo que se ha llamado fuero de maternidad , el cual comprende “esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y una estabilidad laboral reforzada” [157] .

También el ordenamiento internacional ha dispuesto normatividad a fin de proteger a la mujer embarazada o lactante que trabaja. Así la Declaración de los Derechos Humanos dispone que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales” (artículo 25.2); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la Ley 74 de 1968) establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante el período de tiempo razonable antes y después del parto” (artículo 10.2); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (aprobada por la Ley 51 de 1981) dispone que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia” (artículo 12). Igualmente dispuso que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) Prohibir, bajo la pena de sanciones, el despido por motivo del embarazo o licencia de maternidad y a la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; …d)Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella” (artículo 11).

136. Pues bien, tales mandatos han tenido ordenación legal específica en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, cuando prescribe:

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de su embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las entidades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y las prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte constitucional en sentencia C-470 de 1997, bajo el entendido de que “ carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante su embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario de trabajo competente, quien debe verificar si existe justa causa o no para el despido” .

Sobre la constitucionalidad de este artículo se pronunció esta Corporación en la sentencia C-470 de 1997 [158] , mediante la cual se declaró su exequibilidad tras determinar que el despido injustificado de las mujeres en estado de gravidez es una de las manifestaciones más latentes de discriminación de género. Por ello determinó que el art. 239 C.S.T. era conforme al Constitución, bajo el entendido de que " carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido ".

Por su parte, el artículo 240 del CST, ordena al empleador acudir al inspector del trabajo, antes de proceder al despido de una mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia, para que éste decida sobre la constitucionalidad y legalidad de la medida.

Es decir, que la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo es un derecho cuya protección se manifiesta con la ineficacia del despido y el pago de las indemnizaciones determinadas en la ley, cuando el empleador no cumple con las formalidades legales. Al mismo tiempo, es una protección que, como lo ha ido perfilando la jurisprudencia de este Tribunal, se configura independientemente del tipo de relación laboral a la que esté sujeta, sea con contrato laboral, sea de otra naturaleza [159] .

Bajo este contexto y a fin de hacer efectiva su protección en el ordenamiento jurídico, se crea la presunción de que el despido aconteció en razón al estado de embarazo, cuando aquél ocurrió durante el período de gestación o durante los tres meses posteriores al parto y el empleador no hubiera solicitado la autorización de despido a la autoridad competente. En este caso, con el objetivo de desvirtuar la presunción, al empleador le corresponde probar justa causa legal para la terminación de la relación laboral [160] .

137. Así mismo, la mujer trabajadora también se protege cuando en ella se manifiesta la condición de madre cabeza de familia. Este sujeto de especial protección que contempla el referido artículo 43 de la Carta, es una figura que como se dijo en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, es producto de " diversos motivos, como la violencia- que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas- el abandono del hogar por parte del hombre y la displicencia de éste con respecto a la natalidad", hechos que " han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos" [161] .

138. En desarrollo de lo anterior, mediante la ley 82 de 1993, posteriormente modificada por la ley 1232 de 2008, en la cual tras retomar el valor de la familia como núcleo fundamental e institución básica de la sociedad, es reconocida la jefatura femenina del hogar, como "una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil".

En concordancia con lo anterior, en su art. 1º se define a la "Mujer Cabeza de Familia" como "quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar" [162] . Con todo, lo ha clarificado la jurisprudencia, esta condición no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran [163] .

Por ello se dispone que el gobierno nacional establezca "mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia [164] , al igual que otras medidas relacionadas con su apoyo educativo, el tratamiento preferencial para

el acceso a dicho servicio, para el acceso a vivienda y al crédito y medidas de fomento para su desarrollo empresarial, entre otros. En adición se contempla en su artículo 18 que: “Los beneficios establecidos en esta ley para las mujeres cabeza de familia y quienes de ellas dependan, no excluyen las obligaciones de diversa índole que a su favor deban cumplir personas naturales o jurídicas, ni eximen de las acciones para exigirlas”.

139. La declaración y protección de derechos específicos a la mujer madre cabeza de familia, ha señalado esta Corporación [165] , tiene los objetivos de: i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos, ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y iii) crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener la familia, iv) a más de proteger a la familia como núcleo de la sociedad.

140. De tal suerte, junto con las garantías principalmente programáticas de la ley en comento, en reiterada jurisprudencia se ha reconocido para las madres cabeza de familia el derecho a la estabilidad reforzada y a aceptar que su posible vulneración se alegue en sede de tutela. Una posición jurídica material y procesal que se concede a la mujer que encabeza su familia, “no sólo por las condiciones especiales de discriminación que recaen sobre este grupo poblacional, sino también porque salvaguardando los derechos de las madres cabeza de familia se garantiza también el goce efectivo de los mismos a todos aquellos que dependen de su sustento” [166] .

Dicho en otros términos, el tutelar el derecho de estabilidad laboral de la mujer cabeza de familia crea “un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”. Por ello, como ocurrió con el caso de la mujer embarazada o lactante, “los objetivos de fondo en ocasiones se dirigen también a fortalecer la familia como institución básica de la sociedad” [167] .

141. Lo que aquí se observa es un reconocimiento de lo muy especialmente tratada que ha de ser en el Estado colombiano, la mujer en cuanto tal, pero en particular la mujer madre y cabeza de familia, pues el apoyo que debe recibir del Estado tiene fundamento no sólo en el principio constitucional de igualdad contemplado en el art. 13 constitucional, sino que encuentra manifestación concreta los artículos 43 y 44 C.P., como mandatos constitucionales de prestación para el Estado o para los asociados, como derechos sociales fundamentales para sus titulares.

Por esto, tal condición subjetiva ha servido para hacer reforzar sus derechos laborales respecto de los demás trabajadores, en el sentido de limitar al empleador su poder de disponibilidad de la trabajadora e incrementar pari passu la estabilidad en el empleo de ésta como forma de protección efectiva de los bienes constitucionales relacionados con ella: derechos de la mujer, derecho a la no discriminación, derechos de los niños, derechos de la familia. Por esto también, la e stabilidad laboral reforzada predicable de la mujer en estado de embarazo o lactancia y de la que es madre cabeza de familia, se puede entender como un avance más en el proyecto constitucional de ser un Estado garante de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas y de que se haga efectivo el trabajo como principio, derecho, deber y libertad, como forma de participar de las oportunidades que ofrece el desarrollo, en ejercicio de sus capacidades y condiciones especiales.

141. Pues bien, una vez reconocidas las características sustanciales con que se describe desde el Derecho constitucional y legal el contrato de trabajo, así como la importancia de la protección a la mujer cabeza de familia y en estado de embarazo –situación relevante en el caso concreto- pasa la Corte a determinar si aquél puede amparar la actividad económica que realiza un trabajador o trabajadora sexual en los establecimientos de comercio dedicados a ello, o si por el contrario, como lo afirmaron las jueces de instancia, tal acuerdo es imposible por ilicitud de su objeto y no cabe ninguna garantía.

c. Contrato laboral entre persona que ejerce la prostitución y establecimiento de comercio: una conclusión inexorable desde los principios constitucionales de libertad, dignidad e igualdad.

142. El problema jurídico que aquí se plantea, es si puede una persona aceptar obligarse a la prestación de servicios sexuales que desarrolla por cuenta ajena, sometida a condiciones de subordinación y dependencia, a cambio de un salario. Y si de ser la persona que ejerce la prostitución mujer, madre y cabeza de familia, puede en adición ampararse en la garantía de estabilidad reforzada laboral que se predica en general de este tipo de mujeres en sus relaciones laborales. En este apartado sólo se resolverá lo primero y en el que sigue, será atendido lo segundo.

143. Estudiosos del derecho, así como organizaciones sociales, han formulado diversos argumentos desde los cuales se defiende una solución negativa o positiva a este interrogante [168] .

Se suele manifestar que ningún contrato, tampoco el de trabajo, puede suponer para una de las partes afrentas a su libertad y dignidad humanas. De tal suerte, el subordinar la voluntad de alguien para que tenga tratos sexuales con un tercero, aparece contrario de modo radical con tales valores. De allí la repulsa que generalmente suscite formular el asunto.

Mas, estima la Sala que esta interpretación merece matices, pues de no aplicarlos estaría la Corte Constitucional, llamada, no se olvide, a amparar sin discriminación ninguna los derechos fundamentales de las personas y en particular los de aquellas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, reproduciendo un comportamiento explicable pero insostenible desde el punto de vista de la eficacia que reclama la Norma suprema. Se habla del fenómeno de la invisibilización de los derechos laborales de los y las prostitutas, como huida jurídica que, basada en juicios y prejuicios morales, rechaza de plano ni más ni menos que un régimen propio al Estado social de derecho, propio al discurso constitucional de la igualdad y la diferencia.

144. En efecto, se ha anotado en el estudio sobre la prostitución en general que, por fuera de los tipos penales dispuestos, dado su carácter de actividad económica lícita y regulada por las normas del Derecho policivo y urbanístico, ingresaban por tanto disposiciones del Derecho común de carácter comercial y tributario. ¿Por qué dentro de esta racionalidad no se puede predicar lo mismo respecto del Derecho laboral, no ya con relación a otros empleados dedicados a labores distintas de los establecimientos donde se prestan los servicios sexuales, sino de las personas que efectivamente ejercen el oficio? 145. Es evidente que el delito previsto en el artículo 213 del Código penal, contempla un tipo que hace difícil un tal reconocimiento, pues el verbo rector de la “inducción” a la prostitución, reconoce como hecho punible sólo la invitación a tal propósito, cuando el objetivo es la obtención de lucro o la satisfacción de los deseos de otro. Sin embargo, como se recalcó suficientemente en los apartes que preceden, esa figura penal coexiste con la regulación de carácter policivo que impone obligaciones a trabajadores del sexo y también a propietarios y administradores de los establecimientos de comercio en los que los primeros ejercen.

Con esta ordenación normativa, la respuesta más cómoda y menos difícil para el operador jurídico es la de estimar que lo uno y lo otro determinan que la prostitución sólo puede ser ejercida por cuenta propia , en donde el trabajador o trabajadora sexual acuerdan comisiones por venta de licor, o por el alquiler de las habitaciones. De este modo, la actividad se desarrolla, pero partiendo del supuesto de la independencia absoluta del tales sujetos.

146. Pero, en tal solución ¿no se está haciendo caso omiso a principios recién traídos a cuento, que han hecho parte del garantismo laboral propio del Estado social de derecho, como la necesidad de lograr la justicia social, de proteger al trabajo en sí mismo, de defender los intereses de la parte débil de las relaciones de trabajo así como el ejercicio del derecho, la libertad y la obligación del trabajo? ¿No hay aquí un oportuno olvido de presunciones como las del contrato realidad y las de la exigibilidad de los derechos laborales sobre prestaciones ya cumplidas? Y por supuesto, ¿no hay aquí una negación decidida del principio pro libertate , del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana reconocida como derecho fundamental de autonomía para vivir como se quiere, para vivir bien, para no ser objeto de humillaciones? ¿No es, sobre este último punto, indigno y denigrante para el trabajador o trabajadora sexual, que los

intérpretes del ordenamiento jurídico no quieran reconocerle sus derechos, por el sólo hecho de que su prestación subordinada sea el acto de prostituirse? ¿No hay en tal interpretación un desconocimiento del imperativo constitucional de la igualdad de trato ante la ley que no establece distingos?, ¿no se incumple así con el mandato de abstención de establecer tratos desiguales injustificados contra el trabajador que se gana la vida con el sexo, no hay una violación directa, abierta y decidida (es decir no sospechosa sino segura) al principio de la no discriminación? A pesar de sus buenas razones y de una pretensión moral quizás bienintencionada, tales formas de entender y resolver el asunto no satisfacen el análisis jurídico, al menos a la luz de los derechos fundamentales como cláusulas vinculantes y eficaces.

147. Es que como con facilidad puede observarse, ¿qué es si no una relación laboral la modalidad de prestación del servicio que describía uno de los informes del Distrito capital remitidos al proceso? Trabajadores sexuales que cumplen horarios por un número cierto de horas en establecimientos, para un pago de turno de valor oscilante, en el que también se percibe un ingreso por consumo de licor a través de un sistema de "fichas" [169] .

¿No se encuentra allí la prestación personal del servicio, la subordinación y el pago de un salario como remuneración ordinaria, fija o variable? Sin duda, así lo estima la Sala.

148. Ahora bien. Una interesante opción empleada en el Derecho español, ha permitido proteger a las trabajadoras sexuales, cuando la actividad que ejercen no se reconoce como prostitución sino como "alterne" [170] .

Un servicio asociado con la hostelería, consistente en atender a los clientes del bar, la discoteca, o la whiskería [171] , y en conseguir como resultado de tal atención, de sus indumentarias provocativas y la actitud frente al cliente, que éstos efectúen el máximo de consumiciones. La trabajadora recibe un porcentaje equivalente a un 50% de la ganancia obtenida o una cantidad específica estipulada por el licor vendido. El titular del negocio o su administrador, conoce y consiente tales circunstancias de quienes prestan dicho servicio, siendo él quien controla las copas tomadas y quien suministra una ficha por cada consumición, para así abonar luego la comisión que corresponde.

Lo normal en estos casos, era que los contratos celebrados con las muchachas dedicadas a este oficio, fuesen orales y no estuvieren vinculadas a la seguridad social. Sin embargo, gracias a la interpretación de los jueces laborales [172] desde el año de 1981, se ha venido reconociendo allí lo que es evidente, a saber, auténticos contratos de trabajo de los cuales se deben derivar todas las prestaciones y medidas de protección que amparan este tipo de acuerdos [173] .

Esta postura, empero, no se compadece con la adoptada por los mismos jueces (también por los civiles), cuando el trabajo o prestación se presenta en sus verdaderos términos, esto es, para proveer de servicios sexuales [174] .

149. Como se puede advertir con facilidad la figura del "alterne" es perfectamente equiparable a lo que en Colombia se denomina "actividad de acompañamiento". Porque como lo describen los estudios arrimados al proceso [175] , la misma se centra en la labor de reunirse con los clientes que asisten a los establecimientos de comercio, para que éstos consuman en su compañía el licor que allí se vende. No se habla de servicios sexuales, sino simplemente de estrategias de seducción para incrementar el expendio de bebidas alcohólicas.

Es que ¿debería la Sala servirse de tal distinción a los efectos de eludir la cuestión, que siempre se ha creído inadmisible, del contrato de trabajo para la prestación de servicios sexuales y propiciar una protección laboral en el entendido de que no se está haciendo a ello referencia sino a una labor que aunque cercana a la prostitución, resulta diferenciable de ella? No lo estima así la Sala.

150. Los argumentos hasta ahora exhibidos se consideran suficientes para determinar que no es necesaria una manipulación perversa y pacata del Derecho viviente, como la que acaba de presentarse [176] .

Por la forma como opera el negocio, según se observó en los estudios arrimados al proceso, el acompañamiento y la prostitución van de la mano y si existen razones para proteger la relación laboral de quien trabaja como "acompañante",

también las hay para hacer lo propio con quien vende servicios sexuales por cuenta ajena.

Es decir que habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las carácter de la prestación [177] , continuidad y pago de una remuneración previamente definida [178] .

Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas sí proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello [179] .

151. Más aún cuando desde el punto de vista del juicio de igualdad y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado [180] , no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. Todo lo contrario según el artículo 13 C.P. y las demás cláusulas de diferenciación subjetiva que la Carta y la jurisprudencia constitucional han reconocido (art.

53, 13, 43, 44 CP). Esto en la medida en que la pretendida finalidad legítima con que se quisiera negar la licitud y exigibilidad de un contrato laboral entre persona prostituida y el propietario de prostíbulo o local donde se ejerce, está soportada en criterios que por sí mismos no hacen posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de derechos, obligaciones, responsabilidades; o sea porque al desconocerlo sólo se favorecen los intereses del empresario de la prostitución, con consecuencias excesivamente gravosas para quien presta efectivamente el servicio.

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

152. De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visibilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo y de derecho al progreso.

d. Protecciones laborales plenas para la mujer trabajadora sexual por cuenta ajena? 153. ¿Cuáles son los límites del reconocimiento que precede? ¿Hasta dónde llegan las consecuencias jurídicas vinculantes de afirmar que pueden existir y se pueden asegurar las prestaciones debidas de los contratos de trabajo que se celebren entre trabajadores sexuales y establecimientos de comercio donde se ofrecen tales servicios? ¿Cómo saber si con ello no sólo se están reconociendo derechos al trabajador sexual, sino también a quien lo emplea, manifestaciones de la subordinación y del cumplimiento de instrucciones específicas, despido con y sin justa causa? O si algunas garantías de protección laboral pueden ser, como ha ocurrido en otras actividades, extensibles a otras relaciones de trabajo distintas del contrato laboral propiamente dicho que también pueden tejerse en el ejercicio de la prostitución; si cabe reconocer contratos semejantes no ya con un establecimiento sino con un cliente en concreto. Determinar si cabe reconocer un derecho a la asociación sindical o para crear cooperativas de trabajo asociado destinadas a la prestación de tal servicio. Resolver, en fin, con posiciones jurídicas definitivas y de carácter general, si se hacen efectivos todos los derechos específicos del trabajador, incluido el derecho

al reintegro, en caso de ser despedido sin las formalidades establecidas y sin justa causa, los derechos relacionados con la maternidad y la preñez, los derechos, deberes y prohibiciones que estas crean para las mujeres que trabajan en la prostitución por cuenta ajena, a partir de relaciones laborales en sentido estricto.

154. No puede la Sala pronunciarse sobre todos estos interrogantes. Solo atenderá lo relativo al último, por ser el que es objeto de reclamación en el proceso.

Los demás, dada la dificultad de ofrecer una respuesta completa, ponderada y definitiva, deben ser resueltos por el legislador y desde allí por la Administración y por los jueces, para que en el marco de sus competencias como operadores de la democracia representativa y material, de las circunstancias y los hechos, se ofrezcan las respuestas más correctas posibles. Lo anterior conforme parámetros y criterios mínimos como los siguientes: i) los límites constitucionales de la libertad, la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y de respeto al Estado de Derecho; ii) los principios y reglas generales del Derecho laboral existente ; iii) el deber de crear y reconocer las muchas especificidades y diferencias que una relación laboral para la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena amerita, dada la cercanía que el objeto del trabajo tiene con ámbitos de la intimidad y de la integridad moral y física; iv) el deber de considerar al trabajador o trabajadora sexual como sujeto de especial protección, por ser la parte débil del contrato y sobre todo por las condiciones propias del trabajo y la discriminación histórica y actual de la que suele ser víctima por la actividad que ejerce; y finalmente, v) el deber de aplicar la "imaginación jurídica" para que con los límites, prohibiciones, garantías y derechos que se establezcan, se cree la diferencia que haga que la persona que trabaja con el sexo pueda estar en condiciones para elegir en libertad e igualdad su proyecto de vida [181] .

155. Mas, aparte de estos elementos de juicio, la Sala debe responder a la pregunta sobre si la aplicación del Derecho del trabajo para los trabajadores sexuales llega al punto de imponer por mandato judicial en aplicación de la Constitución y la ley, el derecho a ser reintegrado.

Esta cuestión no puede ser absuelta sin retomar el supuesto según el cual, como lo establece el Derecho internacional y el Derecho policivo, los poderes públicos deben adelantar todas las medidas que sean necesarias para prevenir la prostitución, rehabilitar a las personas dedicadas a ella y ampliarles eficazmente sus opciones de mejoramiento económico. Por lo mismo, el Estado debe asegurar las oportunidades para que los sujetos puedan ejercer su libertad y determinar su desarrollo personal, un mecanismo considerado poderoso a efectos de promover el bienestar de los y las trabajadoras del sexo y el de sus familias [182] .

Bajo estos supuestos, es del caso concluir que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del "contrato realidad", esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto.

156. De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta, de este modo se protege sin discriminaciones ex ante al trabajador sexual. Por un lado, una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección. Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de

justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible.

2.6. Solución del caso concreto 157. Para resolver la situación particular debatida en este proceso, la Corte procederá en primer lugar a establecer las razones de procedibilidad de la acción (2.6.1.) y en segundo analizará si se reúnen los elementos para que la misma prospere (2.6.2.), así como las órdenes que sean pertinentes (2.6.3.) 2.6.1.

Procedibilidad 158. La procedibilidad es la " calidad que se refiere a la concurrencia de los requisitos procesales necesarios que ha de tener la actuación de las partes para iniciar el proceso y que garantiza la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho" [183] .

En otras palabras, los requisitos de procedibilidad son aquellos presupuestos indispensables, desde el punto de vista procesal, para ejercer una determinada acción, sin cuyo cumplimiento no es posible que el juez se pronuncie de fondo.

Teniendo en cuenta esta definición, los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela están regulados en el artículo 86 de la Constitución Política [184] y en el Decreto 2591 de 1991 y se pueden resumir en los siguientes términos: i) que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental [185] ;

ii) que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre [186] ;

iii) que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción se dirija contra la autoridad o el particular [187] que haya amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental [188] ;

iv) que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [189] o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante.

159. Con base en lo anterior, se estudiarán en primer lugar los elementos subjetivos de la procedibilidad en el caso concreto (2.6.1.1.) y en seguida, se analizarán los de carácter objetivo (2.6.1.2).

2.6.1.1. Procedibilidad subjetiva 160. La procedibilidad desde el punto de vista de los sujetos de la acción de tutela, debe ser estudiada tanto por activa (a.) como por pasiva (b.) a. El sujeto activo de la acción y su condición de mujer cabeza de familia y trabajadora, gestante y lactante y perteneciente a un grupo históricamente discriminado, digna de protección especial por parte del Estado.

161. De conformidad con la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corte, la acción de tutela ahora estudiada es procedente desde el punto de vista de la accionante, toda vez que es ella una persona natural, por tanto sujeto de derechos fundamentales que reclama para sí y para su familia.

Pero también se reconoce en ella legitimación por activa para este mecanismo excepcional de los derechos fundamentales, por cuanto es mujer gestante al momento de interponer la tutela y en la actualidad lactante y madre cabeza de familia. Condiciones a las que se suma el ser una persona inscrita en el SISBEN en el nivel 1 (folio 34, cuaderno principal) y el acudir a la tutela para exigir derechos que tienen origen en su actividad como prostituta.

162. Las características relacionadas con su condición física se demuestran según las pruebas que adelante serán analizadas. 163. La condición material de ser madre cabeza de familia, se demuestra en el hecho de que la responsabilidad frente a sus hijos la asume sola, sin contar con la ayuda del padre de los niños.

- Así cuando LAIS, en la declaración rendida ante el a quo, afirma al respecto: “Por mi hijo y por los mellizos, solamente respondo yo, ya que el Papá está en la cárcel” (folio 32, cuaderno principal).

- En el dicho de la testigo BOREAL, quien ilustraba la forma como había ayudado a LAIS al pedirle efectuar otras labores: “a ella le estaba yendo muy mal porque yo se que ella tiene un hijo, tenía el marido en la cárcel. Yo dije la voy a poner a que me ayude (…) Cuando ella me colaboraba yo le pagaba (…)” (folio 43-45, tercer cuaderno).

- Lo dice igualmente la señora SERA, cuando precisa en su testimonio que: “(…) en febrero, yo pasé a saludar a LAIS, le dije que buscara otro empleo, que estaba en un estado vulnerable, que ese no es un ambiente apto para una mujer en embarazo. Ella me dijo que no tenía qué más hacer, que si no iba con qué comía. Su marido no la ayudaba, es que desde la cárcel, el lleva mucho allá” (folio 49 tercer cuaderno).

- Y la amiga de la actora, la señora DELFE, al agregar al final de su intervención: “Su situación es muy difícil, porque nadie la ayuda. La hermana y la mamá le están colaborando. El marido no lo conozco, pero no le ayuda.

Tampoco por parte de la familia de él no recibe ayuda” (folio 47 tercer cuaderno). 164. En fin, esta Sala de Revisión, recogiendo una tradición de la jurisprudencia de tutela, pero también haciendo efectiva una de las señas de identidad del Estado constitucional, estima que la acción ejercida por doña LAIS es procedente porque así lo determina la condición de prostituta que asume como base para su petición de amparo. El plantearse como trabajadora en tal oficio, la ubica en un grupo discriminado históricamente, que por lo mismo la hace merecedora del status jurídico iusfundamental de sujeto de especial protección por parte del Estado.

Pues el haber ejercido la prostitución no demerita sus condiciones personales para que sus derechos fundamentales sean protegidos por vía de tutela. Justo al revés, las refuerza.

Y esto es así, por las razones que se han aducido en esta providencia predicables enteramente respecto de LAIS, razones que, valga precisar, ha tenido muy claras la propia accionante, cuando en su declaración de parte recibida el 19 de febrero de 2010 en la Corte constitucional, afirmó con certeza: “ No estoy de acuerdo con el fallo de instancia donde dice que la prostitución va en contra de las buenas costumbres. No me parece que uno sea una mala persona por desempeñar esa labor. Porque soy trabajadora sexual no tengo acaso los mismos derechos de los demás? Yo lo hice porque estaba desempleada y quería darle una mejor vida a mi hijo, para que no le faltara nada ” (folio 25, tercer cuaderno).

165. En suma, la acción de tutela es procedente por activa, porque doña LAIS, por el trabajo al que se dedicó y por el que reclama la protección de sus derechos fundamentales laborales, está ubicada en una condición de inferioridad que impone la intervención del Estado, representado aquí por el juez constitucional, para concebir una solución a su caso, si a ello hay lugar. Se trata de una legitimación que, soportada en el sólido discurso de la libertad, la dignidad y la igualdad constitucionales, le procure las medidas que ameritan este tipo de casos, para remediar, compensar, emancipar y corregir la situación indigna que haya podido sufrir.

b. El sujeto accionado 166. Es procedente la acción ejercida contra el señor ZOTO por ser el propietario del Bar PANDEMO y por tanto, el responsable de la vulneración de derechos alegada y de su reparación.

167. La actora demanda al Bar PANDEMO, reconociendo como representante legal al señor ALF. Sin embargo, como se estableció en las siguientes pruebas obrantes en el expediente, es ZOTO el propietario del establecimiento y en ese orden, es él quien debe reconocerse como sujeto pasivo de la acción ejercida, en cuanto empleador de la actora y frente a quien se aplican las reglas del numeral 4º del art. 42 del Decreto 2591 de 1991.

-Dice el Certificado de existencia y representación del establecimiento de comercio BAR DISCOTECA PANDEMO, del 13 de marzo de 2009, que se registra como propietario el señor ZOTO, CC. ### (folio 31, cuaderno principal).

- También al responder a la tutela impetrada, el señor ZOTO se reconoce como propietario del Bar PANDEMO, representante legal del mismo y por tanto accionado dentro del proceso de la referencia, afirmaciones a las cuales agrega: "(…) quiero aclarar que el señor ALF no es propietario del BAR PANDEMO" (folio 28, cuaderno principal). En este sentido, excluye a ALF de toda representación suya en el proceso [190] .

- Finalmente, el señor ALF, cuyo testimonio se recepcionó en sede de revisión, dijo sobre su función en el Bar PANDEMO, ser "el administrador en cuanto a cuentas, no en el negocio", que su propietario es el señor ZOTO, frente a quien se reconoce así: "soy el empleado de él, de ZOTO". Sobre si tiene con él un contrato de prestación de servicios o una sociedad con él, afirma: "No, él me paga un sueldo pero sin contrato ni nada". Y a continuación aclara que es "fijo" y que le rinde cuentas a ZOTO, no sigue instrucciones, "yo solo le rindo cuentas de las planillas y de lo que le queda en el negocio" [191] (folios 40 anverso y reverso, tercer cuaderno).

168. Y aunque la actora haya señalado al señor ALF como sujeto pasivo de su demanda, desde el trámite de la primera instancia se ha reconocido acertadamente como parte accionada al señor ZOTO. No importa que LAIS no haya tenido contacto con él y que siempre su alegato se haya dirigido contra ALF. Porque además de que la demanda de tutela es de carácter informal, también de ser probado el reclamo laboral iusfundamental de la actora, quien sería responsable de su protección no sería ALF sino ZOTO.

Cosa distinta es que los hechos se refieran a los administradores del establecimiento, pues fue con ellos con quienes tuvo lugar el contrato laboral alegado por actora. Una situación que es tan común en el manejo de las relaciones laborales, que está prevista en el artículo 32 del C.S.T.

(modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965) en los siguientes términos: "Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas: a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración , tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono; (…)".

Es decir, que aunque los derechos laborales iusfundamentales que se dicen vulnerados tuvieran lugar en actuaciones realizadas con el señor ALF o también con la señora BOREAL y no con ZOTO, aquellos representan a éste en lo que a obligaciones con los trabajadores se refiere. También es ZOTO el directo beneficiario de los actos que han suscitado el proceso, porque es su establecimiento el que no ha cubierto los valores económicos que la garantía de tales derechos supondría (numeral 4º del art. 42 del Decreto 2591 de 1991). En fin es ZOTO el sujeto pasivo del proceso pues por los hechos de la demanda, por los derechos que se estiman violados y muy en particular, por las pretensiones de la actora, es la persona jurídicamente responsable de la obligación laboral creada.

169. De este modo, en la acción impetrada por la señora LAIS contra el bar PANDEMO de propiedad del señor ZOTO, se reúnen los requisitos de procedibilidad de carácter subjetivo.

2.6.1.2. Procedencia desde el punto de vista objetivo 170. La actora reclamó en su escrito de tutela, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales "al trabajo, la seguridad social, igualdad, debido proceso, salud, dignidad, protección de la mujer en estado de embarazo y derecho del que está por nacer, fuero materno", además de la amenaza a su "mínimo vital, el cual se ha definido como aquella suma absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de educación, alimentación, vestuario y seguridad social y, sin la cual, la dignidad humana se ve afectada" (folio 1, primer cuaderno).

En este orden, formula como pretensiones de la acción, que se ordene al representante legal del bar PANDEMO, su reintegro "a las mismas labores que desempeñaba, en el mismo cargo, con las mismas condiciones y sitio de trabajo, con pago de salarios y prestaciones dejados de percibir" (folio 16). Así mismo, exige el pago de los salarios a que tiene

derecho “con el sueldo base de cotización y se pague el correspondiente a afiliación completa al sistema de seguridad social en salud y en pensiones de todos los meses laborados y faltantes y de riesgos profesionales los meses que se laboraron y los meses faltantes y la afiliación a Caja de Compensación Familiar por todos los meses laborados y faltantes” (folio 16).

171. Con relación a este tipo de solicitudes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado, pues por su naturaleza subsidiaria y el carácter legal de las relaciones laborales, aquella resulta improcedente debido a que los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas cuya competencia ha sido atribuida a la jurisdicción laboral o a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dependiendo de la naturaleza del vínculo que se presente [192] .

Sin embargo, también la jurisprudencia constitucional ha sentado que, en los casos de despido de mujeres embarazadas o en período de lactancia o como madres cabeza de familia, a pesar de la existencia de mecanismos ordinarios de defensa, la acción de tutela es procedente por ser ellas sujetos de especial protección, según los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución.

Esta interpretación reconoce otra manifestación de la garantía constitucional para proteger a la madre trabajadora, al estimar procedente la tutela como vía judicial para hacer efectivos derechos laborales, pues para ellas como regentes del hogar, la privación de los mismos hasta las resultas del proceso ordinario, hacen a este mecanismo no idóneo ni eficaz. Estas mismas circunstancias hacen igualmente que se pueda configurar un perjuicio irremediable, pues la situación del despido coloca a la mujer en cuestión y a sus hijos ante la amenaza inequívoca de quedar privados de su derecho al mínimo vital.

172. Pues bien, en el presente asunto para la Sala no cabe duda alguna que todos estos elementos de procedibilidad se hallan reunidos. 173. Aunque luego se analizará con mayor detenimiento el acervo probatorio, por ahora conviene observar que está probado en el expediente que la señora LAIS como trabajadora del establecimiento de comercio PANDEMO, fue despedida cuando contaba con aproximadamente 5 meses de embarazo. Y está claro, en atención a las nítidas afirmaciones de los administradores del local, así como por el dicho de las otras dos testigos del proceso, que coinciden en señalar que el retiro del servicio de la señora LAIS ocurrió motivado por tal condición.

- Lo afirma la señora LAIS en su demanda (folio 1, cuaderno principal) - También lo hace el señor ALF, cuando señaló en cuanto a su conocimiento del estado de embarazo de la actora: “ yo no lo conocí por ahí hasta aproximadamente los 4 meses, que yo le dije a BOREAL que si era que esa niña estaba embarazada, y entonces que ella le estaba preguntando y que ella decía que no, a los días nos dimos cuenta de que ella estaba en embarazo. Y en vista de que ya la Policía como de costumbre hace, como se llama esto, que van y rondan, un Policía me llamó la atención que esa niña estaba en embarazo (…) en vista de eso, le dije yo a la señora BOREAL que como no se podía tener la niña en embarazo, que la pusiera a hacer oficios (…) ya en otra visita que me hizo la Policía volvieron y me dijeron que esa niña en embarazo no podía estar en un lugar de estos, y BOREAL hablo [sic] con LAIS diciéndole lo que le estaba diciendo la Policía, que no podía estar en un lugar de estos y ahí fue cuando la niña se retiró del negocio”.

Una situación de la que dijo sí haber informado al propietario del bar, “(…) pero no llegamos a un acuerdo de nada (…) Eso pasó por desapercibido” (folio 41, reverso, tercer cuaderno).

- También se aprecia en el testimonio de la señora BOREAL, al responder sobre si conoció el estado de embarazo de la actora: “Ya cuando se le empezó a notar si [sic]. Yo la vi como gorda yo le pregunté que si estaba embarazada y ella me decía que no (…) un policía (…) me dijo que esa muchacha estaba embarazada y no se podía tener (…) Es que ya estaba gorda y como nosotros no hacemos contrato con nadie, ya no se podía tener (…). No se podían tener mujeres embarazadas” (folios 44 reverso y 45).

- Afirmaciones que confirma la señora DELFE al ser interrogada sobre si el embarazo de la actora a fectó su situación laboral: “Si, ella me comentó que cuando el jefe supo que estaba embarazada, el jefe le dijo que no volviera porque le iba a afectar tanto a ella como a él, porque el trabajo era muy duro y el horario muy largo”. Y aunque desconoce la fecha del retiro precisó: “La razón si sé que fue por causa del embarazo (…)” (folio 46 reverso).

174. Como quiera pues que se reclama la protección de derechos laborales fundamentales por una mujer trabajadora que ha sido despedida por causa de su estado de embarazo, la acción de tutela impetrada por LAIS resulta procedente también desde el punto de vista objetivo.

Esta conclusión resulta aún más contundente, si se tiene en cuenta que tras el amparo de tales derechos en concreto, se procura hacer por sobre todo efectiva, la garantía iusfundamental de la igualdad ante la ley, del derecho a no ser objeto de discriminación, a no ser desconocido en la libertad y dignidad personales por el hecho de trabajar en la prostitución. Una dimensión de raigambre constitucional, que a su vez determina las razones por las cuales es el juez de tutela, antes que el ordinario, el llamado a asumir la competencia para conocer del caso y para proveer, si las pruebas lo permiten, la protección judicial privilegiada del amparo constitucional que toda trabajadora, madre cabeza de familia, lactante o gestante posee, cuando su empleador incumple de manera injustificada y con grave afectación para sus condiciones de vida y de los suyos, las obligaciones laborales que conforme al Derecho le corresponden.

2.6.2. Prosperidad de la acción 175. Con las precisiones que ha ido efectuando la jurisprudencia constitucional, para la prosperidad de las pretensiones de tutela en el caso de la protección de derechos laborales fundamentales de las mujeres embarazadas o lactantes o madres cabeza de familia, deben hallarse acreditados en el expediente los siguientes hechos: i) que el despido haya tenido lugar durante el embarazo o dentro de los 3 meses siguientes al parto; ii) que a la fecha del despido, el empleador haya conocido o haya debido conocer la existencia del estado de embarazo, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente; iii) que el motivo del despido haya sido el estado de embarazo; iv) que no exista permiso del inspector de1trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada y, v) que el despido afecte el mínimo vital de la actora y/o del que está por nacer [193] .

De este modo, corresponde a la Sala establecer si en el proceso han quedado acreditados tales supuestos. 176. No obstante, antes de dicha verificación, debe primero la Sala determinar si la relación laboral supuesto de los hechos de la demanda existió y generó derechos y obligaciones, o si por el contrario, como afirmó el accionado, el reclamo de LAIS no tendría fundamento alguno, dado que ese contrato de trabajo nunca tuvo lugar ni por lo mismo pudo generar los derechos cuyo amparo se solicita (2.6.2.1).

Una vez establecido lo anterior y en caso de ser pertinente, se definirá si se han reunido los elementos de prueba que acrediten el despido injusto para el caso de la mujer embarazada (2.6.2.2.) y se concretarán las órdenes que corresponda, a efectos de proteger los derechos vulnerados (2.6.2.3.).

2.6.2.1. Existencia de un contrato de trabajo 177. La Sala encuentra acreditado en el proceso que la señora LAIS prestó sus servicios personales de manera subordinada y continua a cambio de una remuneración acordada, en el establecimiento de comercio PANDEMO de propiedad del señor ZOTO.

178. Para llegar a esta conclusión, la Sala debe tener en cuenta primero las presunciones y reglas del derecho probatorio que encuentra operantes en el caso concreto (a.). Con base en ellas y en el estudio en conjunto de las pruebas que obran en el expediente, debe establecer si se reúnen o no elementos de la relación laboral que se estiman especialmente relevantes en este asunto como son la voluntad y capacidad de la trabajadora (b.) la prestación personal del servicio (c.), la subordinación y dependencia (d.), el salario (e.) y los términos de duración del contrato y la continuidad del mismo (f), de todo lo cual se formularán las conclusiones pertinentes (g.).

a. Las presunciones constitucionales y legales y los testigos sospechosos 179. Tres reglas probatorias deben ser tenidas en cuenta a los efectos de esclarecer los hechos objeto de debate:

180. En primer lugar la presunción del artículo 24 del C.S.T, modificado por el art. 2º de la ley 50 de 1990, según la cual: "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Esta presunción constitucional (art. 53 C.P.) concebida como garantía a favor de la parte débil del contrato de trabajo, es una presunción iuris tantum que por lo tanto puede ser desvirtuada por el interesado.

Sin embargo, para el presente caso puede destacarse como comportamiento por parte del señor ZOTO, propietario del bar PANDEMO, que sólo participó con el escrito de contestación de la demanda de 28 de abril de 2009, en el que simplemente negó las afirmaciones de la actora, pero no aportó ningún elemento de juicio que acreditara la verdad de su negación (folio 28-30, primer cuaderno). Es decir que con su afirmación simple no cumplió con la carga probatoria que la situación le merecía.

181. En segundo lugar, la presunción contemplada en el artículo 210 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989, que dispone: "Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o dé respuestas evasivas.

"La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio el citado no comparezca.

"Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada" (resaltado sobrepuesto).

Este precepto, dijo la Corte en la sentencia C-622 de 1998, imprimió alguna garantía de cumplimiento al deber de colaborar con la justicia y participar activamente en el proceso para la pronta resolución de los conflictos [194] .

182. Según acaba de anotarse, el accionado sólo participó en el proceso con el escrito de contestación de la demanda, que respondió a la notificación recibida en la dirección 222 del establecimiento de comercio del que es titular (folio 27, cuaderno principal, recibido del señor ELO). Además, en dicha contestación, no se indicó domicilio distinto al del propio bar (folio 28-30, primer cuaderno).

Sin embargo, después de esta actuación, el señor ZOTO no atendió a ningún llamado de los que recibió por parte de la Sala, a fin de que rindiera declaración sobre los hechos del proceso.

183. En efecto, mediante Auto de 22 de enero de 2010, junto con otras decisiones se citó al señor ZOTO para recibir declaración de parte, el día 18 de febrero del mismo año a las 8:30 am. (folio 10 reverso, tercer cuaderno). La comunicación mediante la cual se le informaba de lo ordenado en el auto anterior (folio 17, tercer cuaderno) no pudo ser entregada como lo informó el citador de la Corte constitucional mediante oficios de 1º y 5 de febrero de 2010 (folios 21 y 22, tercer cuaderno). Esto por cuanto al mencionado propietario del bar, señor ZOTO, no lo conocían; información que se reiteró en la segunda oportunidad en que fue el citador, por indicación telefónica de la señora BOREAL (folio 22, tercer cuaderno). Esta situación se confirmó mediante oficio proveniente de la Secretaría de la Corte (folio 37 del tercer cuaderno).

Durante la diligencia en la cual se tomó declaración al administrador general del bar, señor ALF, al preguntarle por el domicilio del propietario ZOTO, afirmó desconocerlo. Así mismo negó tener su número de teléfono o celular para poder contactarlo (folios 41 reverso y 42, tercer cuaderno).

184. Por último, conforme al Auto de 25 de marzo de 2010, la Sala decidió insistir en la citación del señor ZOTO, pues aunque reconoció que era parte de su derecho de defensa la libertad negativa del demandado en tutela de no acudir al proceso, no obstante las presunciones jurídicas que pudieran obrar, era necesario asegurar del modo más garantista y eficaz posible, que el accionado conociera de la citación y pudiera acudir a la diligencia decretada. Por ello se cita de nuevo, mediante correo certificado, para el día 6 de abril de 2010 a las 9:30 am (folios 51-52 tercer cuaderno).

La comunicación correspondiente (folio 53), se remitió por la compañía "Servicios Postales Nacionales S.A.", el 26 de marzo a las 4 p.m. (folio 54). Sin embargo, el señor ZOTO no acudió a la citación. Por ello, mediante auto de abril 20 de 2010 se ordenó oficiar a "Servicios Postales Nacionales S.A." para que certificara las condiciones de recibo de la comunicación mediante la cual se informaba al señor ZOTO sobre la fecha y hora de la diligencia decretada (folio 134, tercer cuaderno). A esta solicitud finalmente respondió la empresa anotada, informando que el oficio de citación se entregó en la dirección del Bar PANDEMO y fue recibido por persona identificada (folio 139, tercer cuaderno).

185. Conforme lo establecido en el art. 210 C.P.C., la no comparecencia del citado señor ZOTO a la audiencia decretada para que rindiera declaración dentro del proceso de tutela, podrá ser tenida en cuenta, como una prueba presunta de los hechos de la demanda. De allí la importancia que se dará a las afirmaciones de la accionante en su demanda y en las actuaciones durante el proceso [195] .

186. Está por último el criterio probatorio dispuesto en el artículo 217 del C.P.C. que dispone: "Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias , sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

Una disposición sobre la cual dijo la Corte constitucional en sentencia C-622 de 1994: " si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, '...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha' [196] , lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil".

En este sentido, dado que los testigos ALF y BOREAL como administradores del bar, son dependientes de ZOTO, sus declaraciones deberán ser analizadas con rigor, a fin de obtener de ellas la información más depurada posible, dadas sus condiciones de proximidad al accionado.

b. Capacidad y consentimiento 187. LAIS, mayor de edad, tenía capacidad para decidir ejercer la prostitución y para ofrecer tales servicios en el Bar PANDEMO.

- En este sentido, en su declaración en sede de tutela afirma de manera clara: "Yo adelante [sic] mis labores en el bar de mutuo acuerdo con los dueños del Bar [sic]" (folio 23, reverso, tercer cuaderno). Es decir, que LAIS tenía capacidad para decidir ejercer la prostitución y para ofrecer tales servicios en el Bar PANDEMO, lo cual se aceptó por los administradores en representación de su propietario. En consonancia con lo anterior, dijo la testigo BOREAL, al preguntársele sobre la forma como LAIS se había vinculado con el bar: "Ella llegó a pedir trabajo como trabajadora sexual y se le dio (…)" (folio 44 reverso) [197] .

188. Mas allá de esta voluntad, no se ha establecido en el expediente que la actora hubiese sido objeto de inducción, lo cual se corrobora con el hecho de que la petición de amparo formulado por ella no se haya dirigido a nada distinto que el respeto de sus derechos laborales fundamentales y por tanto al pago de las prestaciones e indemnizaciones a que tendría derecho por sus servicios .

c. La prestación personal del servicio por cuenta ajena 189. La actora LAIS trabajó en el Bar PANDEMO como “acompañante” en el ofrecimiento de licor, como trabajadora sexual, así como en oficios varios relacionados con la recepción de clientes, la promoción del bar, la limpieza del mismo y de sus habitaciones.

- Así lo afirmó en la demanda (folio 1 y 2, primer cuaderno), en la declaración de 4 de mayo de 2009 (folio 32, primer cuaderno) y del 19 de febrero de 2010 (folios 23 reverso, 24 anverso y reverso, tercer cuaderno).

En cuanto a las labores de prostitución, lo reconoció la actora en la declaración ante la juez de primera instancia: “Prestaba servicios de venta de licor, acompañamiento y servicios sexuales”. (folio 32, primer cuaderno).

- Pero también indicó que desarrolló otras actividades. En la demanda apuntó al respecto: “El día 17 de enero del mismo año la actora informó al empleador, que su médico tratante le había indicado que su embarazo era de alto riesgo por esperar mellizos. El empleador le dio entonces la orden de administrar el bar (…)”. Posteriormente el día 22 de febrero de 2009, nuevamente le cambió el horario, y le indicó que “el sueldo era lo que devengara por ventas y servicios en BAR” (folio 1). Del mismo modo, señaló en la declaración ante la juez de instancia: “El 14 de enero el médico tratante le dijo que tenía un embarazo gemelar de alto riesgo”. Una situación que al ser conocida por el señor ALF, dio lugar al cambio de funciones, turno y sueldo. Así, tenía la obligación de abrir el bar a las 12 m., hacer el aseo, “tarjetear a los clientes”, es decir, invitarlos a que siguieran al bar (…) hasta el 26 de marzo”, fecha en que la despidieron (folio 32, primer cuaderno).

Por último en la declaración ante la Corte constitucional indicó sobre el período comprendido entre el 17 de enero y el 22 de febrero de 2009: “yo me encargaba de abrir el negocio a las doce del día porque ya se sabía que estaba embarazada. Debía hacer todo el aseo y esperar a que las niñas llegaran y mientras tanto llamaba a los clientes para que subieran (…) Abría la puerta, sacaba un letrero con promoción de cerveza, subía y hacía el aseo que no se demoraba mucho. Luego me sentaba a ver si algún cliente subía a tomar cerveza y me quedaba sola un rato, hasta que llegaban las niñas. Cuando llegaba un cliente, timbraba para avisarle a las niñas. Luego subía con él y le ofrecía trago.

Después llegaban las niñas y le preguntaba al cliente que cuál niña quería. También subía los tragos y cobraba”. Y sobre las actividades que desarrolló desde el 22 de febrero de 2009 hasta cuando fue despedida: “Fue el último mes, me cambiaron el horario, podía llegar a la una y otra persona, que no me acuerdo como se llama, de apellido Osorio, un hombre, abría el bar. (…). Seguía con las mismas labores que antes pero no aseaba porque el señor ELO se fue a vivir al bar. Pero yo hacia labores de aseo también porque el señor ELO era descuidado. También hacia mandados. Desempeñé estas actividades hasta el 26 marzo cuando mi jefe, ALF, llamó por teléfono a Wendy y me mandó la razón de mi despido porque no tenía recursos, que mucha gente etc” (folios 24 y 24 reverso, tercer cuaderno).

- Dichas labores como prostituta, las reconoció igualmente el propietario del bar en la contestación de la demanda, al señalar que la accionante “no desempeñaba en el BAR (…) ninguna función como empleada y ejercía las correspondientes acciones propias de una Trabajadora Sexual (…)” (folio 28).

- También lo hizo el administrador ALF, cuando afirmó al ser interrogado sobre los servicios y actividades que el Bar en mención presta a sus clientes:

“venta y consumo de licor, servicio de acompañamiento y masaje” que opera cuando la niña entre en “ intimidad con el cliente, que es el oficio que desempeñaba LAIS (…)”. Y cuando se le preguntó por las personas que entre enero de 2008 y abril de 2009 trabajaron en el bar, cuando dijo “ esa niña LAIS yo la conozco por el nombre de Sofía, en ese tiempo trabajaba Sofía, una niña Wendy, trabajaba una niña Karen, trabajaba esa niña, BOREAL que ella siempre ha sido la administradora, las anteriores trabajan en la prostitución (…)” (folio 41, tercer cuaderno).

- Respecto de otros oficios dijo el señor ALF: “(…) en vista de que ya la Policía como de costumbre hace, como se llama esto, que van y rondan, un Policía me llamó la atención que esa niña estaba en embarazo y yo le dije que estaba averiguando si estaba o no estaba, en vista de eso, le dije yo a la señora BOREAL que como no se podía tener la niña en embarazo, que la pusiera a hacer oficios varios, oficios varios es de la que se llama el aseo (…)” (folio 41 reverso, tercer cuaderno).

- Por su parte la testigo BOREAL afirmó sobre la actividad a la que se dedicaba el bar: “ Es un prostíbulo. Pues ahí se toma trago con los clientes y les prestan el servicio sexual a los clientes.

Pues antes si había habitaciones, ahorita ya cambió la actividad del negocio. Cuando LAIS trabajaba ahí sí había. Ahora es solo acompañamiento. En ese tiempo sí había habitaciones. Se consumía licor ahí y prestaban servicio sexual con el cliente” (folio 44, tercer cuaderno).

- Y en cuanto a otras labores desempeñadas por la actora, dijo: “Pues yo la vi como gordita y yo le pregunté si estaba embarazada. Ella se llamaba Sofia, ese es el nombre artístico de ella. Ella decía que no estaba embarazada. Entonces le dije ayúdeme a limpiar las mesas y a recoger el reguero” (folio 44 reverso). Y más adelante precisa: “Cuando yo le dije a ella que me ayudara a limpiar las mesas y todo porque a ella le estaba yendo muy mal (…) Yo dije la voy a poner a que me ayude (…) Cuando ella me colaboraba yo le pagaba. Pues no le pagaba un montón pero le pagaba”.

- Sin embargo, precisó en algún momento: “Ella [LAIS] nunca ha sido administradora. De pronto en una urgencia que yo me tenga que ir”. (folios 44 reverso y 45).

- En cuanto a las otras labores desplegadas por la actora, dijo la testigo SERA: “Ella [LAIS] me llamaba para saludarme. Un día me llamó para que la ayudara porque estaba administrando abajo en un local pequeño al lado. Arriba funcionaba lo normal del bar PANDEMO. El de abajo no tuvo acogida. LAIS estaba administrando ahí abajo. Arriba estaba administrando otra niña. BOREAL se ausentaba por bastante tiempo porque tenía problemas con ALF. LAIS los recibía, pasaba el trago, ponía la música, presentaba las niñas, proporcionaba los condones. Pero eso no funcionaba, no sé cómo pretendían tenerla ahí si eso en ese primer piso no funcionaba nada. En esa época fui hasta antes de semana santa. Luego ví a LAIS recogía el reguero, le daba a LAIS 1000 pesos para que limpiara” (folio 49 reverso).

- Finalmente la testigo DELFE afirmó al respecto de las labores de LAIS en el bar PANDEMO: “Ella era la que manejaba la caja, la administración o algo así. No estoy muy segura de lo de la caja, sé que trabajaba el inventario de bebidas y esas cosas. Es lo que sé que hacía ella allá. Yo sabía que tenía un turno largo, que le pagaban poquito. Es un bar de niñas que trabajan, que llegaban señores, a veces señores con sus esposas, pero yo no le preguntaba mucho acerca del tema” (folio 46, tercer cuaderno).

190. Sobre la ajenidad, esto es, que el servicio sea prestado por cuenta y riesgo de otro, tres elementos se contemplan. En primer lugar porque como se ha dicho, en el certificado de existencia y representación de la cámara de comercio, son actividades económicas del establecimiento la venta de licor, acompañamiento y masajes (folio 31, primer cuaderno). En segundo, las afirmaciones de los administradores del bar PANDEMO.

- Así cuando el señor ALF al describir sobre las cuentas que presentaba al propietario del bar, dijo que lo hacía “ de las planillas y de lo que le queda en el negocio, esos negocios son pequeñitos es fácil llevar las cuentas:

eso le quedó a fulanita, eso al negocio, eso no es complicado (…). Y adelante precisa cuando se le interroga por los servicios y actividades del Bar: “ venta y consumo de licor, servicio de acompañamiento y masaje ” que opera cuando la niña entra en “ intimidad con el cliente, que es el oficio que desempeñaba LAIS” (folio 40 reverso, tercer cuaderno). Igualmente cuando dice sobre el seguimiento de los consumos “(…) eso queda por escrito y eso es hasta que me encuentro con ZOTO y esas planillas se destruyen (…) eso de las planillas es un facturero sencillo, normal, se podría

hacer una factura explicándole el nombre de la niña y se le especifica el pago de las niñas a diario" (folio 41, tercer cuaderno).

- También en el testimonio de la señora BOREAL, quien respondió sobre lo que generaba la utilidad del negocio: "De una comisión que dejan ellas" (folio 44 reverso, tercer cuaderno), lo que adelante confirma cuando señala que la venta de licor a los clientes, está siempre asociada a la compañía de una muchacha (folio 44 reverso, tercer cuaderno).

Por último, también refuerza la conclusión precedente el hecho de que ambos administradores precisan que, en la época en que trabajó la señora LAIS, sí se prestaban servicios sexuales dentro del establecimiento, pero que en la actualidad no lo hacen.

- Dijo al respecto ALF: " Anteriormente se prestaban en ese negocio, pero eso ahorita ya lo reformaron, ellas cuadran con el cliente por ahí hay residencias, unas se quedan por allá otras se vuelven, allí solo se está prestando es el acompañamiento, lo que arreglen de ahí por delante es por fuera del negocio " (folio 41, tercer cuaderno).

- En el mismo sentido, como atrás se observó, BOREAL dijo expresamente que el establecimiento PANDEMO es un prostíbulo. "Pues ahí se toma trago con los clientes y les prestan el servicio sexual a los clientes. Pues antes sí había habitaciones, ahorita ya cambió la actividad del negocio. Cuando LAIS trabajaba ahí sí había. Ahora es solo acompañamiento. En ese tiempo si había habitaciones. Se consumía licor ahí y prestaban servicio sexual con el cliente" (folio 44, tercer cuaderno).

191. Con los anteriores elementos, se puede concluir que en efecto, la señora LAIS prestó servicios personales como prostituta y como empleada de oficios varios por cuenta ajena, para el bar PANDEMO de propiedad del señor ZOTO.

d. Subordinación y dependencia 192. Esta pieza central de la relación con contrato de trabajo, para el caso de la señora LAIS, fue negada de manera vertical por el accionado y por los testigos ALF y BOREAL.

- El señor ZOTO, propietario del bar PANDEMO, cuando señala en su escrito "es un hecho notorio la inexistencia del contrato de trabajo puesto que no se configuran los requisitos que el código sustantivo de trabajo establece para el mismo (…)" (folio 28 primer cuaderno).

- En el mismo sentido, el señor ALF afirmó sobre el particular: " unos días vienen unas, otros días vienen otras, llegan a diferentes horarios, se van a la hora que ellas quieran, los servicios que ellas prestan ahí es que ellas se sientan con un señor se toman media botella de trago y se le paga una ficha, entonces se le lleva una planilla de lo que hace en el rato que va a estar en la discoteca, en el momento en que ella decide irse se le cancela lo que hizo en el día o en el rato que estuvo ".

Agrega luego sobre el funcionamiento de este tipo de bares: "son unas casas como convertidas en barcitos, y las niñas van pasando y preguntado si hay trabajo, otras conocen el negocio y traen a una amiga, son niñas que trabajan independiente, ellas van y vienen como quieran, lo único que uno le pide son los papeles y exámenes de sanidad y como le digo allí se les paga a diario ". Y adelante confirma diciendo :"(…) como le decía ellas se van para otro negocio, trabajan quince días o un mes y se retiran, prácticamente ellas trabajan independiente, si se aburrió se va para donde el vecino, para el negocio de enfrente " (folio 41, tercer cuaderno).

- Por su parte, la señora BOREAL atestiguó: "Allá llegan las muchachas unas temprano, otras tarde, otras en la noche, se hacen los servicios y si ellas se quieren ir se les paga y se van. Allá no se tienen que estar. Ellas llegan y prestan un servicio con un cliente y ellas se les paga y se van. Independiente, ellas mismas se hacen su sueldo en el día. Hay unas que llegan un día y las vuelve a ver uno en un mes. Como ellas andan de negocio en negocio en el negocio que mejor lo pasan" (folio 43, reverso).

Más adelante indica: “ Horarios hay unas que llegan a la 1 y se van a las 4 otras a las 8 y se van a las 10. Es a la hora que ellas quieran llegar. El negocio está abierto desde las 12 del día ellas pueden llegar a cualquier hora antes del cierre ”(folio 44, tercer cuaderno). También cuando precisa al final de su intervención: “Ellas son independientes. Si ellas quieren ir, si no quieren ir, a ellas no se les exige horario, Y nunca hice contrato verbal con ella [con LAIS], ni verbal ni escrito, ni nada” (folio 45, tercer cuaderno).

193. Estas apreciaciones no reducen empero la fuerza probatoria de otras piezas obrantes en el expediente. No solamente el hecho de que, como se indicaba, el propietario del bar no adujo prueba alguna de su negativa y los testigos ALF y BOREAL se encuentran en una relación de dependencia e interés con relación a aquél que permitiría someter tal dicho a la sospecha. Se habla además y por sobre todo, de las afirmaciones que los mismos testigos ALF y BOREAL hicieron en otros apartes de su testimonio.

- Así cuando el señor ALF indicó al serle preguntado por las personas que trabajaban en el bar entre enero de 2008 y abril de 2009: “ yo le voy a nombrar unas por encimita porque yo no tengo relación con los empleados, nombres ficticios (…), en ese tiempo trabajaba Sofía, una niña Wendy, trabajaba una niña Karen, trabajaba esa niña BOREAL que ella siempre ha sido la administradora, (…) otra que se llama Mónica, un portero que se llama Mauricio, que es portero, bueno (…) en el momento no me acuerdo de más. Trabajaba una niña Vanesa” (folio 41, tercer cuaderno).

Y cuando luego dice: “ esos negocios son pequeñitos es fácil llevar las cuentas: eso le quedó a fulanita, eso al negocio, eso no es complicado, ni son muchos empleados, ni nada, son 4 niñas de la sala, un portero y BOREAL, la administradora. Un negocio de tres salitas”.

También al señalar luego: “es un negocito pequeño donde trabajo [sic] 2 o 3 mujeres, máximo 5” (folios 41 y 41 reverso). Del mismo tenor al describir el funcionamiento normal del bar: “ Bueno ese local se abre a las 12 del día, de 12 hasta las 2 es el aseo general, a las 2 está listo al público, después de ahí empiezan a llegar las niñas (…) se cierra a las 3 de la mañana” (folio 40, tercer cuaderno).

- Del testimonio de la señora BOREAL se destaca en lo que hace a horarios: “Allá se abre desde las 12 del día hasta las 3 de la mañana. Faltando un cuarto ya se está cerrando”. En cuanto a los nombres de las personas que trabajaron en el bar durante el tiempo en la actora lo hizo indicó:

“Pues para acordarme de los nombres. Ellas trabajan allá con sobrenombres. Andrea, Patricia, Camila, Sandra, Lorena, que cantidad de nombres para acordarse de todos” (folios 43 reverso, tercer cuaderno).

Con todo y la vaguedad de la respuesta sobre los nombres de quienes trabajaron allí para ese tiempo, en otro lugar de su declaración señala, con el objeto de corroborar sus asertos de que la señora LAIS nunca fue administradora del bar, lo siguiente: “ Tengo testigos de que lo que estoy diciendo es verdad (…) VIVIANA pero no me acuerdo del apellido. La otra si me acuerdo el apellido. Se llama FES. El nombre artístico es Wendi. De la otra el nombre artístico es KAREN. Tengo otra que se llama ITE, el nombre artístico es ANDREA (…) ellas eran las que estaba en el tiempo en que estaba Sofia”(folio 45, tercer cuaderno).

194. Los datos y descripciones que allí se aprecian, permiten establecer identidad en los nombres de personas que, no obstante la presunta irregularidad e independencia con que acudían al bar, son identificadas como trabajadoras del bar en el período objeto de interés en este proceso: la propia administradora BOREAL, la actora conocida como “Sofía”, así como las señoras llamadas en el bar “Karen” y “Wendy”. Existe así mismo indicación clara del horario de apertura y cierre del establecimiento: 12 m y 3 am, respectivamente.

195. Tales afirmaciones las corrobora la accionante en todas sus actuaciones en el proceso. - Así cuando indicó que tuvo horarios determinados y diferenciados según los tipos de prestación que le fueron asignados en el bar PANDEMO. De 3

pm. a 3 am para cuando trabajó como prostituta, de 12 m a 3 a.m. para cuando se le asignaron labores de "administración" y entre 1 pm a 3 am para el último período en que sustancialmente sirvió en trabajos de limpieza (folio 1, primer cuaderno, folio 32 primer cuaderno, folios 23 reverso y 24, tercer cuaderno).

También cuando señaló sobre las demás personas que trabajaban en el bar y las condiciones en que lo hacían: " BOREAL, administradora encargada cuando yo llegué a trabajar al bar, esposa del señor ALF. -FES, seudónimo Wendy, quien prestaba servicios sexuales y venta de licor como yo. -GORA, seudónimo Vanesa, y hacia lo mismo. -HOMA, seudónimo Brenda, y hacía lo mismo.

Al portero le decían Mario (…). El estaba cuando yo llegué y lo echaron más o menos en enero del 2009. Había otras niñas con seudónimos: Camila, Andrea, Claudia, y otras niñas que iban y venían esporádicamente. Todas ellas se dedicaban a lo mismo que yo. Las que iban y venían duraban dos, tres días y se iban pero las fijas éramos Wendy, Vanesa, Brenda y yo. Las niñas que trabajaban esporádicamente iban y trabajaban al día y se les pagaba un porcentaje de los servicios. En cambio, las que éramos fijas, nos llamaban, donde [sic] viene, como [sic] está [,] a qué horas va a llegar [;] y los días que faltábamos teníamos que pagar una multa. De lunes a sábado, de 50 mil pesos y los domingo de 30 mil, además de perder dos domingos de descanso" (folio 24, tercer cuaderno).

Se aprecia que el decir de LAIS es armónico con lo que indican los administradores del bar: Vuelve a aparecer el nombre de Wendy, al que tanto ALF como BOREAL aludieron. Se menciona igualmente como trabajadora sexual permanente a la señora Vanesa, que había sido mencionada por ALF. Pero además, los horarios a los que la accionante se refiere, casan con las indicaciones de ALF: de 12 m a 2 pm se efectúa la limpieza, y en efecto LAIS dijo tener las 12 m como el horario que se le asignó cuando dejó de trabajar en prostitución y empezó a prestar servicios varios. Después "empiezan a llegar las niñas", lo que correspondería al horario de las 3 pm en que LAIS debía acudir cuando prestó servicio sexuales.

196. El mismo resultado se produce con el testimonio de SERA, en el cual se observa: - En cuanto a los horarios y reglas, haciendo referencia a su propia relación con el bar dijo: "Sí trabajé allí. Yo llegué como en octubre de 2008 y hablé con BOREAL, la esposa de Don ALF (…). Yo le dije que solo podía venir unos días a la semana y BOREAL aceptó. Las otras niñas sí tenían un horario y ellas aceptaron esas reglas desde el principio. Yo en cambio iba jueves, viernes y sábado. Me iba muy bien. Una vez fui toda la semana completa porque necesitaba plata. Era esporádico porque no podía ir siempre. A mi me daba un permiso especial, como me iba super bien allá. Pero eso solo a mí (…). A las demás si les exigían que llegaran a las 3 pm y se fueran a las 3 am. (…) Se trabaja un domingo sí, un domingo no. Además del horario, que como le dije conmigo era distinto, había cartelitos en donde se decía que estaba prohibido llevar celular, cuando uno estaba con un cliente. Si llegaban tarde las devolvían. Ellas me contaban que había multas y sanciones cuando uno no cumplía algo (…) Como a mi me dieron permiso porque me iba bien, las otras niñas no les pareció justo entonces BOREAL me dijo que no volviera. ELO que era el portero, me dijo que tranquila que él hablaba con ALF. Don ALF me llamó y me dijo que volviera. Entonces yo volví, pero tuve problemas (…)" (folio 48 reverso, tercer cuaderno)" (folios 48 y 48 reverso, tercer cuaderno).

Respecto de la regularidad con que acudía la actora al Bar: "Todos los días, de 3 a 3. Llegaba incluso a veces más temprano. Iba los domingos también. Siempre que yo fui ella estaba ahí, hasta cuando fui al final que se había ido porque le habían dicho que no fuera más" (folio 49, tercer cuaderno).

Y del nombre de otras compañeras durante el tiempo en que trabajó en el bar indicó: "LAIS se llamaba Sofía (…), FES. Wendy. Había otra niña que su nombre allá era Natalia, ella estaba en embarazo y trabajó todo el embarazo, casi hasta que le nació la niña. Eran como 5 o 6 niñas. No recuerdo" (folios 49, tercer cuaderno).

Además de aparecer de nuevo la señora Wendy, al mismo tiempo se corrobora la afirmación de LAIS, según la cual, había unas muchachas que trabajaban de manera irregular y discontinua como lo hizo SERA y otras que lo hacían de

modo permanente, como ocurrió en efecto con la actora del proceso, con Karen y con Wendy, con un horario definido y cierto, con sanciones ante su incumplimiento –las multas de que hablan LAIS y SERA- de modo que se asegurara el funcionamiento del negocio. Una confección desde las pruebas que además, no podría ser de otra manera pues, como atrás ya se indicó y así lo señalaron tanto ALF como BOREAL, el bar es un prostíbulo, que vive de la venta de servicios sexuales, donde no hay cliente que acuda solo a tomarse un trago, sino que al hacerlo tiene por propósito contar con la compañía de una mujer -en el caso del bar PANDEMO- dispuesta a acompañarlo y adicionalmente a ofrecerle tratos relacionados con el sexo. Sólo así, con la seguridad de que estarían al menos un cierto número de muchachas presentes, las 4 que mencionan ALF y LAIS, podría funcionar como negocio, como actividad empresarial orientada por el animo de lucro.

197. En lo que se refiere a las instrucciones y reglas adicionales propias de la subordinación y dependencia, se encuentra: - Por una parte afirma ALF, al preguntarle cómo se establecía la relación entre las muchachas que llegaban al bar a pedir trabajo: "[Primero hablan] Con BOREAL.

Con ella concretan, ella dice cómo son los pagos, qué servicios se pueden prestar ahí, se explica toda la forma de trabajo, que se les cancela a diario, que pueden entrar y salir a la hora que quieran, que si quiere prestar un servicio de intimidad es independiente con el cliente, se le explica todo " (…)" (folio 41, tercer cuaderno).

- A su vez dijo SERA, que cuando llegó a trabajar al bar habló con BOREAL: " Ella me dijo cómo era el trabajo, me explicó lo de los horarios, lo de cuánto valía, cómo tenía que sentarme, hablarles a los clientes(…) (folio 48 reverso, tercer cuaderno). Y más adelante agregó: "Todos esos establecimientos tienen reglas.

En el Bar PANDEMO en primer lugar te obligan para que vayas de 3 pm a 3 am. Si no vas ni llegas a la hora te devuelven (folio 48, reverso, tercer cuaderno)".

198. Y es que frente a los servicios de prostitución, no es extraño para la Sala que en este punto sea poca la información obtenida y al contrario que se pretenda enfatizar por los administradores ALF y BOREAL, en la amplia liberalidad de las personas que ejercen la prostitución en el bar PANDEMO. Por la naturaleza de la prestación laboral en comento y por la delicada y peligrosa proximidad que una reglamentación laboral cerrada pudiera tener con los delitos de explotación sexual, al contrario resulta necesario que las reglas a las que se someten las trabajadoras sexuales por cuenta ajena en general, y también doña LAIS con el bar PANDEMO, sean y hayan sido sólo las básicas e indispensables para el negocio y las admisibles en términos de preservar la libertad y dignidad humana de quien vende tratos sexuales.

199. De este modo encuentra la Sala que en el Bar PANDEMO, durante la época en que trabajó allí la actora LAIS, la prestación de servicios sexuales y de "acompañamiento" tuvo lugar bajo dos modalidades: la del trabajo independiente y la del trabajo dependiente. Modalidades que, no sobra recordarlo, son reconocidas como propias del funcionamiento de esta actividad económica en los informes remitidos por el Distrito [198] . Y fue la dependiente a la que se sometió la señora LAIS, junto con otras mujeres, para acudir de manera rutinaria al bar PANDEMO y servir allí como prostituta con un horario definido y siguiendo determinadas reglas propias de la actividad desplegada, dentro del marco estrecho pero cierto que tolera la legislación. Una subordinación que, se reitera, además de estar probada en el caso de LAIS, para el establecimiento PANDEMO resulta indispensable, como forma de dar cuerpo a la actividad empresarial, a partir de la presencia asegurada de un recurso humano esencial que está allí presente para ofrecer a los clientes su compañía en el consumo de bebidas alcohólicas o potencialmente en el suministro de tratos sexuales.

200. A una conclusión semejante se llega, respecto del período en que, estando ya embarazada, LAIS dejó de trabajar en la prestación de servicios sexuales y comenzó a ejecutar otras actividades. Porque, con la precisión de horarios y tareas a que aludieron LAIS y SERA como líneas arriba se observa, se suman las declaraciones de los administradores también ya referidas:

- De ALF “(…) en vista de que (…) un Policía me llamó la atención que esa niña estaba en embarazo (…), le dije yo a la señora BOREAL que como no se podía tener la niña en embarazo, que la pusiera a hacer oficios varios, oficios varios es de la que se llama el aseo (…)” (folio 41 reverso, tercer cuaderno).

- De BOREAL : “Pues yo la vi como gordita y yo le pregunté si estaba embarazada (…) Ella decía que no estaba embarazada. Entonces le dije ayúdeme a limpiar las mesas y a recoger el reguero (…) que me ayudara a limpiar las mesas y todo porque a ella le estaba yendo muy mal (…) Yo dije la voy a poner a que me ayude (…)”(folio 44 reverso).

Y también cuando ALF afirma, que “Ella [LAIS] nunca ha sido administradora. De pronto en una urgencia que yo me tenga que ir”. (folio 45), porque está así disponiendo de la fuerza de trabajo de LAIS, empleada del bar PANDEMO.

201. Por esto la Sala concluye que en la relación laboral que se tejió entre el bar PANDEMO, de propiedad de ZOTO y la señora LAIS accionante del proceso durante el tiempo en que trabajó en él como prostituta y como empleada de servicios generales, se produjo ese elemento central del contrato de trabajo de la subordinación y dependencia.

e. Salario 202. Por último, está acreditado que la actora recibía una remuneración previamente acordada por la actividad desplegada en el bar PANDEMO.

203. En el tiempo en que trabajó en la prostitución, su estipendio correspondía a un porcentaje del valor del licor vendido al cliente, así como por el servicio sexual prestado.

- Así lo afirmó en la demanda de tutela cuando indicó en la declaración rendida ante la juez de primera instancia: “Por venta de licor ganaba por botella $20.000 y por media $10.000, por cuarto $5.000 y por trago $2.000. Por servicios sexuales 20 minutos costaban $21.000, de los cuales $12.000 eran para ella y el resto para el bar. Por media hora se cobraban $31.000 de los cuales $17.000 eran para ella. Y si era una hora que costaba $65.000, $22.000 eran para ella” (folio 32 cuaderno principal).

- El señor ALF, explicó la figura de la ficha que se asigna a cada trabajadora sexual : “ Lo que dice la ficha es lo que se gana la niña por estar con el cliente por tomarse la media, a ellas se les paga 10.000 por media, que es lo que puede uno controlar (…).y (…) eso se le cancela a diario (folio 41 reverso, tercer cuaderno).

- La señora BOREAL por su parte indica: “Digamos ellas se les paga un porcentaje. O el licor, lo que quede del licor (…) Ellas por el trago ganan 10000, por la botella 20000, por la media 10000, por un cuarto 5000, por un trago 2000. Si hay el licor en la cigarrería vendemos el licor que pide el cliente”. (folio 44 reverso, tercer cuaderno).

- Y de la testigo SERA se destaca lo siguiente: “ Al cliente le cobran $22.000 por 20 minutos y a uno le tocan $12.000 pesos. A uno le dan unas fichas, por una botella 10.000, por media 5000, por un cuarto 2500 y por trago 1000. También había combos, una hora en la habitación con media botella, al cliente le cobraban 65.000 y a uno le pagaban 22.000. No te dejaban entrar una hora sin combo, así el cliente no pidiera licor (…) (folio 48, reverso, tercer cuaderno).

Todas las declaraciones permiten establecer en consecuencia que la contraprestación directa que recibía la señora LAIS como prostituta era variable y dependía de la cantidad de licor que en su compañía consumía el cliente y del tiempo dedicado a la prestación de servicios sexuales.

204. También es claro que durante el período en que no cumplió más labores de carácter sexual, recibió igualmente una remuneración, aunque no quedó acreditado en el expediente con suficiencia cuál fue el monto acordado y recibido.

- En efecto, la actora afirma en la demanda que en la época en que trabajó administrando el bar, recibió como sueldo la suma de “$30.000 diarios” (folio 1, cuaderno principal), lo cual confirma en la declaración de parte surtida el 4 de mayo de 2009 cuando tras mencionar las nuevas funciones que le asignaron con motivo del embarazo, indicó que le pagaban “$30.000 diarios” (folio 32, cuaderno principal). Por último en la declaración ante la Corte dijo al respecto: “Tenía un

sueldo de treinta mil pesos diarios. Era fijo. Me los pagaban, desde que el negocio diera". - Y con relación al trabajo que adelantó el último mes indicó al respecto: "En ese último período, don ALF me reconocía algo, pero no me pagaba sueldo. Las niñas me colaboraban con un aporte, mil pesos, quinientos, por asear las habitaciones y ALF a veces me daba algo más.

Pero los treinta mil que me habían dicho no me los daban. Al decirle a don ALF que mi embarazo era de alto riesgo el decidió cambiar los parámetros del contrato, acordando el pago de treinta mil pesos más lo que me daban las niñas, pero no se dio. Al pasar los días, me empezó a decir 'muchas gaviotas y poco agua' y ya después me pagaba lo que él consideraba y yo acepté porque, con un embarazo gemelar, un niño de dos años y medio, madre soltera, pues no tenía como [sic] afrontar la situación" (folios 24 y 24 reverso, tercer cuaderno).

- Por su parte, la señora BOREAL, como ya se mencionó en otro punto, además de negar de modo enfático que la señora LAIS hubiese sido administradora del lugar, precisó, en todo caso, que al establecer que la misma estaba embarazada, le dijo: "que me ayudara a limpiar las mesas y todo porque a ella le estaba yendo muy mal (…) Yo dije la voy a poner a que me ayude (…) Cuando ella me colaboraba yo le pagaba. Pues no le pagaba un montón pero le pagaba". (folios 43-45).

- Finalmente la señora SERA afirmó sobre la última remuneración recibida por la accionante: "Luego ví a LAIS recogía el reguero, le daba a LAIS 1000 pesos para que limpiara (folio 49, tercer cuaderno).

205. Se desconoce entonces cuál fue realmente el acuerdo pactado, pero de cualquier modo, se produjo uno por el cual se retribuyó económicamente a la señora LAIS por los otros servicios que ejecutó para el bar PANDEMO una vez dejó de trabajar como prostituta.

f. El tiempo de la relación laboral reconocida y continuidad 206. No obstante la claridad sobre la existencia del contrato de trabajo entre la actora y el establecimiento de comercio PANDEMO, no hay sin embargo certeza sobre el tiempo en que esta relación tuvo inicio y si, como pudo ser el caso, tuvo solución de continuidad o no.

207. Con relación a la época en que se estableció el vínculo laboral, se tiene: - La actora afirmó "Ingresé a laborar el día nueve de febrero de 2008 al negocio PANDEMO" (folio 1). También lo dijo en la declaración que rindiera ante el juez de primera instancia (folio 33 del primer cuaderno). En ambos casos, coincide en señalar que fue ese día cuando llegó al establecimiento a pedir trabajo.

- Obra como indicio para corroborar la anterior afirmación, la comunicación suscrita por la Coordinadora de la Unidad de Asesoría y Consulta de la Defensoría del Pueblo y dirigida al "representante legal" del establecimiento, en la que se narra que la actora acudió ante dicha entidad en procura de ayuda por la situación en que encontraba, manifestando, entre otros asuntos, el haber iniciado labores en el Bar PANDEMO, el mismo 9 de febrero de 2008 (folio 20-21 primer cuaderno).

- El propietario del Bar no negó tal afirmación pues simplemente se limitó a decir que la accionante "no desempeñaba en el BAR (…) ninguna función como empleada y ejercía las correspondientes acciones propias de una Trabajadora Sexual" (folio 28, primer cuaderno).

- El señor ALF, quien al ser cuestionado sobre las personas que trabajaron en el Bar entre el período comprendido entre "enero de 2008 y abril de 2009", sus nombres y actividad indicó: "(…) esa niña LAIS yo la conozco por el nombre de Sofía, en ese tiempo trabajaba Sofía" (folio 41 del tercer cuaderno).

Hay claridad entonces que existió una relación laboral entre LAIS y PANDEMO, pero no la hay sobre la época en que se inició su prestación laboral de manera continua y subordinada por cuenta del establecimiento PANDEMO.

208. Por otra parte, tanto el señor ALF como la señora SERA, coinciden en afirmar que por algún tiempo, al parecer muy breve, en diciembre de 2008 o a principios de enero de 2009, la señora LAIS estuvo trabajando en otro establecimiento.

Y algo semejante se advierte en la declaración de la propia actora.

- Dijo ALF sobre si conoció a LAIS: “El tiempo no lo sabría decir, la conocí o la distinguí porque en varias ocasiones la vi trabajando en este lugar, después se fue un tiempo, después me la encontré en un bar por la Caracas con 74, luego fue donde las PANDEMO y volvió y se retiró” (folio 41, tercer cuaderno).

- La testigo SERA dijo sobre el punto: “Ella antes de estar recogiendo el reguero, ella se fue para la 74 aproximadamente pero poquito tiempo, otro bar de esos, y la ví, ella ya tenía su panza. Luego volvió donde ALF, no sé por qué volvió. Fue la época en la que estuvo limpiando y repartiendo volantes. Luego me llamó a contarme que la habían echado (folio 49 reverso).

- También la actora en la declaración rendida en febrero 19 de 2010, dijo cuando se preguntaba por otras personas que pudieran declarar en el proceso para acreditar los hechos alegados por ella: “Yo trabajé con la señora dueña del bar del frente. Pero no en el bar picardías [sic] sino en uno que tenía en las 76 [sic]. Ella me vió algunas veces en unos turnos que hicimos de 9 am a tres de la mañana” (folio 25, tercer cuaderno).

Es decir, que no hay claridad suficiente para declarar, en sede de revisión y en el procedimiento de tutela, el tiempo exacto en el que se inició la relación laboral reconocida y si la misma tuvo efectivamente o no solución de continuidad y en caso positivo por cuánto tiempo.

209. Aún así, para la Sala es cierto que en el mes de marzo de 2009 la señora LAIS se encontraba trabajando, de manera continua, subordinada y dependiente para el bar PANDEMO y que el día 26 de ese mes, fue despedida.

- Lo dijo la actora en la demanda: “el día 24 de mismo mes [marzo] yo tenía cita médica a las dos y media de la tarde, la cual le había informado a mi empleador, llegué a laborar a las tres y veinte minutos de la tarde y me devolvió me negó el acceso a laborar y el día 26 me comunicó mi empleador que, no había más empleo (…)” (folio 1, cuaderno principal).

Son igualmente importantes evidencias de lo que aquí se analiza, las actuaciones que adelantó LAIS una vez fuera “despedida” del bar. - Por una parte, la carta del 27 de marzo de 2009, suscrita por la actora al administrador ALF, en la que solicita explicación de la causa de terminación de su trabajo, no obstante el mismo tuviera conocimiento de su embarazo. Carta que se observa fue remitida por correo certificado, según se aprecia en la factura cambiaria de transporte de la empresa Envía , del 27 de marzo de 2009, remitida al señor ALF, dirección 111 (folio 22 cuaderno principal).

- Por otra, se encuentra la mencionada comunicación del 2 de abril de 2009 de la Defensoría del Pueblo y dirigida al señor ALF, con firma de recibido del señor ELO (folios 20-21 idem), en la que se pide explicación sobre las razones de la terminación unilateral del contrato de trabajo con la actora, ocurrida según indicación de la misma, el día 26 de marzo de 2008 (folio 20 idem).

Y, como se anticipó al momento de verificar la procedibilidad de la acción de tutela, son también relevantes los datos referidos para demostrar que en este caso se presentó un despido por razón del embarazo de la señora LAIS.

- El decir del señor ALF: “Yo creo que no tenía ni tres meses pero siempre se le notaba. Entonces yo le dije que ya no se podía. No se podían tener mujeres embarazadas (…)” (folios 44 reverso y 45, tercer cuaderno).

- Y de la declaración de BOREAL, cuando precisó: “Estaba como llantudita. Yo le dije la verdad no hay mas trabajo, no podemos trabajar más” (folio 45, tercer cuaderno).

210. Estas declaraciones confrontadas con otro par de elementos confirman el tiempo de la terminación de la relación laboral. - Con la “ecografía obstétrica” de la actora de 14 de enero de 2009, en la que se da cuenta de un embarazo gemelar de “13 SEMANAS +/- 1 sem” (folio 19 del cuaderno principal,), la que permite establecer que para fines de

marzo de 2009, la señora LAIS tenía alrededor de 23 semanas de gestación, es decir, 5 meses de embarazo, momento en el cual es enteramente probable que presentara en la actora la contextura descrita por los testigos (folio 19, primer cuaderno) .

- También aporta elementos de juicio la afirmación de la declarante SERA, compañera de trabajo, cuando dijo: “En esa época fui hasta antes de semana santa. Luego ví a LAIS recogía el reguero, le daba a LAIS 1000 pesos para que limpiara. Yo fui un día, hablamos harto en la puerta. Luego volví, y supe que se había ido (folio 49, tercer cuaderno). Esto, teniendo en cuenta que para el año 2008 la semana santa tuvo lugar entre el 16 y el 23 de marzo, ajusta enteramente las fechas referidas por la actora en este juicio.

211. En breve, probado está para la Sala, que la señora LAIS se encontraba trabajando para el Bar PANDEMO hasta que el 26 de marzo de 2009, fecha en la que fue despedida.

g. Conclusión: existencia de un contrato realidad 212. De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que doña LAIS desarrolló una actividad personal como trabajadora sexual y en la prestación de otros menesteres al servicio del bar PANDEMO, durante los meses de febrero de 2008 y marzo de 2009, tareas realizadas de manera continuada y sujetas a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales y a las demás tareas desempeñadas para la comercialización, organización y limpieza del bar, todo ello a cambio de una retribución económica.

Esto es, que se configuró un contrato realidad cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión en el proceso de tutela, salvo en lo que hace a la fecha de despido, pero cuya existencia se acredita de manera suficiente para reconocer la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

2.6.2.2. El despido injusto de la señora LAIS por causa de su embarazo 213. Establecida la existencia del contrato de trabajo, no resta a la Sala más que reiterar su apreciación sobre la concurrencia de todos los elementos fácticos necesarios para establecer el despido injusto por causa del embarazo.

En efecto, en el presente asunto se ha probado que i) el despido de la señora LAIS del bar PANDEMO, tuvo lugar durante su embarazo; ii) que a la fecha del despido, esto es, para el 26 de marzo de 2009, el empleador directamente y también representado en sus administradores ALF y BOREAL, tuvo conocimiento pleno de la existencia del estado de embarazo de LAIS, como hecho notorio y del que los administradores del bar dan entera cuenta; iii) que el motivo del despido de LAIS se fundó de modo expreso, reconocido y cierto, precisamente en su estado de embarazo; iv) que no existió ni se contempló siquiera la necesidad de requerir permiso del inspector de1trabajo y, v) que el despido afectó el mínimo vital de la actora y de su familia.

- Sin necesidad de retomar el texto de las declaraciones, así se ha visto en las declaraciones de la señora LAIS (folios 1 y 32, cuaderno principal), de los administradores ALF (folio 41, reverso, tercer cuaderno) y BOREAL (folios 44 reverso y 45) y de las señoras SERA (folio 49 tercer cuaderno) y DELFE (folio 46 reverso tercer cuaderno), todos los cuales demuestran no sólo el embarazo de LAIS como causa de su despido y la ausencia de toda formalidad exigida, sino también el impacto que para su sostenimiento y el de su familia tuvo el mismo.

214. Por esto, procede la Sala a evaluar la forma como el juez de tutela debe procurar el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados.

2.6.2.3. Ordenes 215. En atención al estudio probatorio que precede, pero también a las conclusiones generales sobre la situación de los y las trabajadoras sexuales, su derecho a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación y en desarrollo de lo anterior, su derecho a que se apliquen los principios de primacía de la realidad sobre las formas, la

protección especial que ex constitutione se confiere a la madre trabajadora gestante, lactante, cabeza de familia, la Corte encuentra necesario dictar dos tipos de órdenes o resoluciones. Unas relacionadas con la actora (a.), otras con las autoridades con funciones de policía (b.) a. Las órdenes de tutela 216. Probada como está la relación laboral que LAIS sostuvo con el bar PANDEMO, probado que la actora fue despedida de su trabajo en su quinto mes de embarazo y que el despido tuvo como causa tal condición física, visto que lejos de estimar la necesidad de pedir autorización al inspector del trabajo su despido por razón del embarazo se encontró enteramente justificado, la Sala revocará la decisión del Ad quem , que confirmó en todas sus partes el fallo del A quo . En su lugar ordenará revocar el numeral primero de la sentencia de 4 de mayo de 2009 proferida por el Juzgado 63 penal municipal, por medio del cual se denegaron las súplicas de la demanda de tutela.

A cambio, la Sala ordenará como forma de reparar los derechos fundamentales conculcados y de proteger su derecho a la igualdad, la indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días de que trata el artículo 239, num 3º C.S.T. Igualmente se impondrá el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata 236 del C.S.T. (modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990) que, como en el caso anterior, correrán por cuenta del empleador en la medida en que el mismo no vinculó a LAIS a la seguridad social, como correspondía en razón de su contrato de trabajo.

Y ante la ausencia de una clara definición del salario convenido, la estimación pecuniaria de las ordenes anteriores se calculará teniendo como base el salario mínimo legal vigente al momento del despido de la señora LAIS (art. 132 num 1º C.S.T., modificado por el art. 18 de la ley 50 de 1990) 217. Ahora bien, por la falta de certidumbre sobre las fechas exactas en que tuvo ocurrencia la relación laboral de la actora con el establecimiento de comercio PANDEMO, y también ante la presunta solución de continuidad que se habría podido presentar en esta relación durante algún tiempo, también en aplicación del principio de igualdad formal, no puede el juez constitucional reconocer otros derechos, prestaciones e indemnizaciones reclamados por la actora, y a las que podría haber lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

Porque cuando el juez constitucional asume el conocimiento de asuntos que como ya se dijo, cuentan con mecanismos ordinarios de defensa judicial, lo hace porque para los sujetos de especial protección no son ellos idóneos ni eficaces como forma de proteger los derechos en juego. Pero cuando en ejercicio de esa competencia excepcional a favor de los derechos fundamentales conoce el asunto, para concederlo debe tener seguridad, o la profunda convicción sobre la vulneración del derecho y sobre el alcance de la reparación a ser exigida. Una medida que para el caso de los derechos fundamentales laborales, se determina en los días efectivamente laborados, hecho que en el caso de la señora LAIS respecto del establecimiento PANDEMO, no se encuentra acreditado.

En consecuencia, deberá la actora si a bien lo tiene y dentro del término de caducidad de la acción laboral ordinaria, dar inicio al proceso ante el juez del trabajo competente, para que en él se soliciten y recauden las pruebas necesarias y pertinentes con las cuales se establezca el monto de los derechos laborales aún no protegidos.

218. Por último, no atenderá a la solicitud de reintegro. Porque conforme lo dicho en las consideraciones generales, por la especificidad de la prestación ordinaria que ejecutó la señora LAIS y por la forma como ésta actividad puede reñir con los ideales liberales, racionales y de la dignidad humana del constitucionalismo y en particular con los deberes dispuestos desde el Derecho internacional para los Estados, estima la Sala que tal prestación debe estar excluida de las garantías laborales de quien trabaja por cuenta ajena como prostituta o prostituto. Así para el caso de LAIS [199] .

219. En lo demás y en tanto contener medidas de asistencia social y carácter garantista que destaca positivamente la Sala, se confirmará la sentencia de la juez de primera instancia.

b. Exhorto a las autoridades de policía 220. Además de las determinaciones necesarias que el caso de la señora LAIS amerita, estima la Corte también indispensable hacer requerir la participación de diferentes autoridades, para que en el marco de sus competencias adopten las medidas necesarias tanto para asegurar el cumplimiento de las órdenes concretas del caso, como el adelanto de las acciones necesarias para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, del Derecho internacional, legales y de carácter administrativo que deben regir la prostitución como fenómeno social tolerado.

221. Así, se ordenará a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el cumplimiento del presente fallo, con el propósito de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos.

222. Con el objeto de hacer efectivas las normas del Derecho penal y las recomendaciones del Derecho internacional, en donde se encuentran los ingredientes prohibicionistas que configuran jurídicamente la prostitución en Colombia, se exhortará a las autoridades de policía para que denuncien las actuaciones que puedan suponer la comisión de delitos relacionados con la explotación sexual de seres humanos.

Y desde el Derecho policivo propiamente dicho, para cumplir con el componente reglamentarista de controlar el cumplimiento de los deberes de trabajadores sexuales, clientes y propietarios y administradores de establecimientos dedicados a la prostitución y adelantar las actuaciones que sean pertinentes para asegurar las prestaciones sanitarias preventivas y curativas dispuestas y también para concebir y ejecutar políticas de rehabilitación, inclusión y desarrollo económico que orienten a las personas del oficio a optar por su abandono.

223. Pero también es necesario que se adopten medidas para proteger el derecho a la igualdad frente a la ley de los y las trabajadoras sexuales, en concreto frente a las posiciones jurídicas de derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, como son predicables de todo trabajador que obra por cuenta ajena, bien bajo la fórmula de contrato de trabajo, como se ha verificado en el presente asunto, bien bajo otras fórmulas concebidas o admitidas por el Derecho. Un llamado que no sólo vincula a las autoridades distritales, administrativas y de Policía de Bogotá en sus funciones de inspección sobre los establecimientos donde se ejerce la prostitución (art. 52, del Acuerdo No. 79 de 2003), sino en particular a las autoridades de policía administrativa de carácter laboral, esto es, a los inspectores de trabajo del Ministerio de Protección Social , a quienes corresponde velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores (Convenio 81 de la OIT, C.S.T. artículos 17, 485 y 486, Resolución 951 de 2003 del Ministerio de Protección Social).

Pues al ser la prostitución una actividad cuyo ejercicio no está prohibido, ni para quien la ejerce, ni para quien tiene un establecimiento de comercio dedicado a ella, están unos y otros llamados a desplegar las actuaciones de su competencia con las cuales se protejan los derechos de estos últimos, pero en particular de quienes ejercen la prostitución, no sólo para cuidar de su salud y abrir sus perspectivas de desarrollo, sino también, para asegurar las garantías laborales que en el caso de trabajar por cuenta ajena merecen [200] .

224. Lo anterior, con el objeto de evitar que, como se ha evidenciado en el caso de LAIS y en los estudios que el mismo Distrito presentó en el proceso, las y los trabajadores sexuales sigan siendo sólo cifras y datos en las estadísticas y encuestas, sujetos discriminados y sometidos a la indignidad de no merecer la protección del Estado que operaría con cualquier trabajador de actividad lícita en sí misma, víctimas por regla, de una invisibilización en sus derechos económicos y sociales fundamentales, estimada en esta providencia inadmisible e ilegítima. Actuación ésta que, estima la Sala, no se puede posponer y cuya realización debe operar irremediablemente, de modo paralelo a las políticas y acciones de rehabilitación y prevención existentes.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero: LEVANTAR la suspensión de términos

decretada por esta Sala de Revisión, mediante Auto de 22 de enero de 2010.

Segundo. REVOCAR el numeral primero del fallo de 19 de junio de 2009, proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá, que a su vez confirmó el fallo de 4 de mayo del mismo año procedente del Juez 63 Penal Municipal de la misma ciudad, que negó el amparo de los derechos invocados por la peticionaria. En su lugar, REVOCAR el numeral primero de la sentencia de 4 de mayo de 2009 y a cambio de él, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital. Así mismo, CONFIRMAR la decisión de primera instancia en sus restantes determinaciones.

Tercero.- ORDENAR al señor ZOTO como propietario del establecimiento de comercio PANDEMO que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, cancele a la accionante:

i) Una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días; y ii) l as doce (12) semanas de salario como descanso remunerado a que tiene derecho. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en los artículos 239 y 236 del CST, respectivamente. Estas obligaciones dinerarias se deberán calcular sobre la base del salario mínimo mensual vigente al momento en que la peticionaria fue despedida.

Cuarto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Ofíciese a la Secretaría General de esta Corporación a la entidad referida para que coordine y designe la comisión pertinente para tal fin.

Quinto.- INFORMAR a la actora que, en caso de querer acceder a las demás prestaciones e indemnizaciones laborales reclamadas durante el proceso, deberá ejercer la acción laboral pertinente ante los jueces del trabajo, como quiera que en el trámite de la tutela, no se acreditaron suficientemente los hechos que hacían factible su reconocimiento.

Sexto.- EXHORTAR a las autoridades distritales, administrativas y de policía del Distrito Capital, así como al Ministerio de Protección social, sobre la necesidad de ejercer sus competencias de modo tal que sean protegidos de manera efectiva, los derechos de las personas que ejercen la prostitución, tanto en lo que tiene que ver con sus derechos individuales, a la salud y a la rehabilitación, como respecto de sus derechos a un trato igualitario frente al Derecho del trabajo y a las garantías que en él se establecen, cuando ejercen su actividad por cuenta ajena.

Séptimo- Por intermedio de la Secretaría General, ENVIAR la página anexa al Juzgado Veinticuatro (24) Penal Municipal de Bogotá, que será para su uso exclusivo y, para proteger la intimidad de las partes e intervinientes del proceso, deberá ser retirada de toda publicación futura de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Con el ánimo de proteger los derechos contemplados en el artículo 15 constitucional, la Corte deja en reserva el nombre de la actora, del establecimiento de comercio, de su propietario y de quienes obran como testigos del proceso. Para facilitar la lectura de la providencia se precisa así la denominación usada para identificar las personas que actuaron en el proceso:

Lais es la actora. Pandemo es el nombre del establecimiento de comercio relacionado con los hechos del proceso. Zoto es el propietario del establecimiento de comercio.

Alf es el administrador general del establecimiento de comercio, que actúa como testigo. Boreal es la administradora directa del mismo establecimiento, también testigo del proceso.

Sera, testigo al proceso, antigua compañera de trabajo. Delfe es la testigo también mencionada por la actora, amiga suya de vieja data. Otras personas que se mencionan en el proceso pero que no participan en él son: Elo reconocido como el

portero del establecimiento durante el tiempo en que sucedieron los hechos; así mismo se mencionan tres compañeras de trabajo: Fes seudónimo Wendy;. Gora seudónimo Vanesa; Homa seudónimo Brenda; Ite seudónimo Andrea; Mo, portero del bar en marzo de 2010. También en los anexos, son nombrados Jo dueño de un restaurante cercano y Kué vendedor de alimentos.

[2] La descripción detallada de las declaraciones, testimonios y demás pruebas que se allegaron al expediente en sede de revisión, se presenta en el anexo II de esta providencia.

[3] Actualmente Juzgado 24 Penal Municipal de Bogotá. [4] Ordenes de tutela, sentencia de primera instancia (folios 41-43) [5] Se siguen, en especial, las sentencias T-291 de 2009 y T-340 de 2010.

[6] Al respecto, por ejemplo sentencias SU-388, SU-389 de 2005; C-371 de 2000. [7] Sentencia T-291 de 2009 [8] Cfr. T-352 de 1997, C-090 de 2001.

[9] Cfr . Entre otras, las sentencias C-345 de 1993 y C-058 de 1994, C-094 de 1993 y T-152 de 2007. [10] Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales.

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 112. [11] Cfr. T-422 de 1992, T-530 de 1993, C-1043 de 2006, C-075 de 2007, entre otras.

[12] Ver, sobre el principio de proporcionalidad, las sentencias T-015 de 1994, C-022 de 1996, C, T-230 de 1994, C-584 de 1997, C-309 de 1997. T-916 de 2002.

[13] Empleada inauguralmente por el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos, según explicó la Corte en sentencias T-422 de 1992, C-026 de 1996 y C-093 de 2001.

[14] Cfr. Sentencia C-022 de 1996. Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica, ver también los fallos T-015 de 1994, C-309 de 1997. C-475 de 1997, C-392 de 2002.

[15] Ibíd. Cabe señalar que la Corte en algunos de sus primeros fallos estudiaba la razonabilidad de las medidas dentro del subprincipio de idoneidad del juicio de proporcionalidad, mientras en otros, lo hacía en pasos separados. En realidad, el examen tiene los mismos pasos sin importar si se separa la legitimidad del fin de la idoneidad o adecuación de la medida.

[16] En relación con la prohibición de discriminación, ver, entre otras, las sentencias, C-371 de 2000, C-481 de 1998, C-410 de 1994, T-098 de 1994, T-1090 de 2005, T-152 de 2007.

[17] En este aparte, la Sala se basa principalmente en las sentencias T-1090 de 2005 y T-826 de 2004. [18] Vid. sentencias C-410 de 1994, C-481 de 1998, T-098 de 1994, C-112 del 2000, C-371 de 2000.

[19] Así, por ejemplo, en la sentencia C-225 de 1998 se expresó: “En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional”.

[20] Ver entre otras, las sentencias C-275 de 1999, C-371 de 2000; T-500 de 2002; C-401 y C-964 de 2003, C-667 de 2006; C-075 de 2007. [21] Vid. Sentencia T-291 de 2009.

[22] Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-952 de 2000: “La igualdad sustancial alude, pues, no sólo al compromiso del Estado, sino de los particulares de remover los obstáculos que en el plano humano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho”. O de modo reciente, como se dijo en la sentencia T-247 de 2010: “i. En un Estado democrático la protección de los derechos fundamentales debe estar presente en los principales aspectos de la vida social, la cual incluye, sin lugar a duda, las relaciones surgidas entre particulares, las cuales no pueden entenderse ajenas a los parámetros de relación trazados por los derechos

fundamentales. ii. El valor de la igualdad real resulta incompatible con una posición que excluya la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; y iii. Los argumentos que se expongan para dar respuesta al presente caso deben tomar en cuenta la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares".

[23] Sentencia C-410 de 1994. [24] Sentencia C-952 de 2000, reiterada por la T-291 de 2009 . [25] Vid J Garrido Guzmán. La prostitución: Estudio jurídico y criminológico.

Madrid, Edersa, 1992, p. 27 y ss.; Jiménez Asenjo. Abolicionismo y prostitución. Madrid: Instituto editorial Reus, 1963, p. 65 y ss. También Alfonso Arrimadas García.

"Prostitución: algunos aspectos histórico-jurídicos". En Eva María Martínez Gallego y Justo Reguero Celada (coord.) Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad.

Granada, ed. Comares, 2004, pp. 145-157. Y desde otras áreas de las humanidades, J. Rossiaud. La prostitución en el medioevo. Barcelona, ed. Ariel, 1986; Corbin, Courtine, Vigarello (dir.).

Historia del cuerpo. Vol 1. Del Renacimiento al Siglo de las Luces. Madrid, Taurus, pp. 199-208. Emmett Murphy. Historia de los grandes burdeles del mundo.

Bogotá, ediciones TH, 1989. [26] Fernando Rey Martínez, Ricardo Mata Martín y Noemí Serrano Argüello. Prostitución y Derecho. Madrid, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 13-37.

[27] Dentro de los condados donde se autoriza, se encuentran p.e., los de Churchill, Nye y Lander. Como elementos destacables de tal regulación, se observan algunas definiciones en las que se da cuenta no sólo de la permisión de la actividad sometida siempre a licencias, controles y registros, sino tambien de los sesgos de género que en algún caso se evidencian, así como de la posibilidad de que la prostitución se ejerza por cuenta ajena. Así cuando en la ordenación del condado de Churchill, Title 5 Business Licences and Regulations , chapter 5.20 Prostitution ", se define: " Patrón.

Cualquier persona del sexo masculino de 21 años o más, que provea una retribución a una prostituta, por uno o varios actos de prostitución"; " Prostituta :

cualquier mujer que con licencia para operar una casa de prostitución, se vincula a ejecutar actos de prostitución con un patrón". http://prostitution.procon.org/sourcefiles/ChurchillCountyTitle 5Chap520.pdf ; En Nye, se define el " empleado : cualquier persona vinculada en uno o varios actos de prostitición para los que está autorizado, sea que actúe con base en una licencia, como empleado o como contratista independiente u otro, para la admnistración y ventas o para la representación de los intereses de una casa de prostitución"; " prostitute ": "cualquier persona quien, en el curso de algún empleo, directa o indirectamente se vincule en actos de prostitución" http://prostitution.procon.org/ sourcefiles/ nyecounty.pdf ; y en el caso de Lander (chap. 5.16), que se destaca por la visión omnicomprensiva del problema, al señalar como propósitos de la regulación de la prostitución (5.16.010): "establecer las reglas y procedimientos para conceder licencias, proveer de una locación para el negocio, proveer de salud y seguridad a los empleados y patrones, proveer del registro de los empleados, señalar el valor de las licencias, así como prohibir ciertas conductas en el negocio y en su establecimiento aún bajo licencia". Documento hallado en http://prostitution.procon.org/sourcefiles/LanderCountyChap516.pdf .

Consulta en la página http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resource ID=000119 , del día 9 de julio de 2010. [28] Vid. Johannes Eriksson. "Lo que falla en el modelo sueco". En José Luis Solana y Estefanía Acién (eds.).

Los retos de la prostitución. estigmatización, derechos y respeto. Granada, 2008, pp. 185-189 [29] Este tipo de regímenes ha dado lugar recientemente a introducir un cuarto modelo a los tradicionalmente reconocidos, denominado laboral en el cual la prostitución se valora como un trabajo más, al cual deberían aplicarse los mismos instrumentos utilizados para

proteger a los trabajadores de las diferentes industrias de eventuales abusos y violaciones de sus derechos. Así en Marjam Wijers, “Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora:

perspectivas legales sobre la prostitución”. En Osborne. Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo xx.. Barcelona, Bellaterra, 2004. Citado por Mauricio Rubio.

Viejos verdes y ramas peladas: una mirada global a la prostitución. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 299 y 301. [30] Vid. S.R. Laskowski. “The New German Prostitution Act.An Important Step To A More Rational View of Prostitution as an Ordinary Profession in Accordance With European Community Law”. En The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol 18, No. 4, 2002, pp. 479-491.

[31] Vid. al respecto, Catherine Healy. “Descriminalizar nuestras vidas y nuestro trabajo: el modelo neozelandés”. En José Luis Solana y Estefanía Acién (eds.).

Los retos de la prostitución, op.cit., pp. 191-196. [32] Fernando Rey Martínez, Ricardo Mata Martín y Noemí Serrano Argüello. Prostitución y Derecho, op.cit., pp. 36-37.

[33] Se alude al “ racolage ”, u oferta de servicios sexuales en la vía pública. Así en la ley inglesa de 1959 y el artículo 50 de la ley francesa 2003-239 de 18 de marzo, sobre seguridad interior, que modifica el art. 225 del Código penal. Idem, p. 31.

[34] No sólo se admite su imposición sino también la aplicación de deducciones. Así en Alemania, Bélgica, Inglaterra y Gales. Idem, p. 32.. [35] Ibídem, p. 37.

[36] Es de precisar, sin embargo, que este Convenio no ha sido suscrito por Colombia. [37] Aprobado por Colombia mediante la Ley 51 de 1981 y ratificado el 19 de enero de 1982.

[38] 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.

[39] De esto, da buena cuenta el informe aprobado por el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Austria en el año 2000, en el que se evidencia la relación estrecha entre la delincuencia organizada y trata de personas en términos generales para su explotación sexual.

[40] Adoptados por Colombia mediante la Ley 800 de 2003. [41] Vid. www.ilo.org [42] Resolución del Parlamento Europeo sobre la prostitución forzada en el marco de los acontecimientos deportivos internacionales, del 15 de marzo de 2006 – Estrasburgo; Coalición Contra el Tráfico de Mujeres. Informe para el Relator Especial sobre Violencia Contra las Mujeres de Naciones Unidas. 1 de enero 2002; COM. Informe de la Comisión sobre la implementación de Medidas para Promover la Observación de Derechos Humanos y Principios Democráticos en las Relaciones Exteriores.

1996-1997. 2000; COM. 567 final: sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual, 20/11/1996. 1996; COM. 854: “Combatiendo el Tráfico de Seres Humanos y la Explotación Sexual de Niños y la Pornografía Infantil. 2000; COM. 71 final 2002/0043 (CNS) propuesta relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos. N.Y.: New York University Press. 2002; COM. 786. Prevención del Crimen en la UE. Reflexiones sobre principios comunes y propuestas. 2000; COM. 726. Resolución del Parlamento Europeo “Sobre Mayores Acciones en la Lucha Contra el Tráfico de Mujeres”; 1998; Conclusiones Consejo Europeo de Lisboa 2000;

Conclusiones Consejo Europeo de Niza 2000; Decisión Nº 293/2000/EC del Parlamento Europeo y el Consejo programa comunitario de acción para prevenir y luchar contra la violencia contra niños, jóvenes y mujeres: Daphne; DO L 63 de 4 marzo 1997, p. 2 y ss. 9 COM (2001) 672 final, en particular punto 4.7.2.;

Recomendación Nº 11 del Consejo en la Acción Contra el Tráfico de Seres Humanos para la Explotación Sexual. 2000; Resolución A2-52/89, 14 abril 1989, DO C 120 de 16 mayo 1989, p. 352 y ss., en especial pto. 8.2. 3.; Resolución B3-1264, 1283 y 1309/93, 16/09/1993: DO C 268 de 4 octubre 1993, p. 141 y ss., en especial.

ptos 2 y 10; Resolución A4-0326/95, 18/01/1996, DO C 032 de 5 de febrero de 1996, p. 88 y ss., en especial pto.25.; Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual A4-0372/1997; STOP: Acción común 96/700/JAI, DO N° L 322 de 12.12.96. 1996.

[43] Sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, C-159/90, Rec. p. I-4685, apartado 20, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, y, la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 32, en relación con las loterías.

[44] Remite a las sentencias de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665, apartado 8, y de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 21 y a la sentencia de 10 de febrero de 2000, Nazli, C-340/97, Rec. p. I-957, apartados 56 a 61.

[45] “ARTICULO 213. INDUCCION A LA PROSTITUCION. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veintidós (22) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

[46] “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”.

[47] “ARTICULO 214. CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> 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 nueve (9) a trece (13) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

[48] La norma sobre trata de personas (art. 215), aparece derogada por el artículo 4º de la Ley 747 de 2002. Su reconocimiento se contempla empero como causal de agravación punitiva, en el numeral 2º del art. 216 que opera cuando los delitos de promoción o forzamiento a la prostitución se “realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero”.

[49] Sentencia T-620 de 1995. [50] Idem. [51] En este sentido la sentencia C-689 de 2002. [52] Idem. [53] En efecto, esta disposición fue demandada junto con otras del mismo Código Nacional de Policía, por violar la Constitución anterior. El asunto fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia de 21 de abril de 1982, Ref. Expediente número 893. Magistrado ponente: doctor Manuel Gaona Cruz. Sentencia número 9. Aprobado según Acta número 10. Entonces se estimó que la atribución allí dispuesta, junto con otras en estudio, correspondía “a la competencia supletiva prevista en la propia Constitución [de 1886 y sus reformas] para el ejecutivo central o descentralizado del Estado, y que, en vez de ser violatorio de la Carta, se adecuaba a sus mandatos, pues todos aquellos preceptos dejaban al reglamento la facultad subsidiaria de regulación de la libertad, en materia apenas policiva y nunca punitiva, en defecto de la ley, y no en lugar de ella o por encima de ella”. Y en el análisis particular sobre el artículo 180, observa que el reglamento de policía que desarrolla el mandato de la ley, es también la fuente normativa de la actividad policial, conforme a lo previsto para los Concejos Municipales en el entonces artículo 197-8 de la anterior Constitución colombiana.

Y para determinar el alcance de la competencia reconocida, se observa cómo “además, que no todo reglamento de policía, de suyo, tiene que ver exclusiva y necesariamente con el ejercicio de las libertarias ciudadanas, sino también con su reconocimiento, y aun en innúmeras ocasiones, en nada se regula con aquél la libertad sino la actividad en la función policiva misma como garantía de su ejercicio, (…) no resulta tampoco válido el hipotético argumento de que el reglamento siempre atenta contra la libertad”.

[54] Artículo 50. Los establecimientos donde se ejerza prostitución deben estar ubicados únicamente en las zonas señaladas por el Gobierno Distrital de Bogotá, D.C., con fundamento en el Plan de Ordenamiento Territorial POT y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten.

[55] En concordancia con este deber, igualmente se establecen medidas relacionadas con el contagio de enfermedades de transmisión sexual, con deberes particulares para las Instituciones prestadoras del servicio de salud. En efecto, el artículo 48 dispone:

“Responsabilidad de las I.P.S. Las instituciones de salud que diagnostiquen a un trabajador sexual una enfermedad de transmisión sexual o VIH, deberán aplicar el protocolo de manejo y la vigilancia epidemiológica para su atención integral y la adherencia al servicio” .

[56] Este último, según el parágrafo del artículo , “ debe hacerse con la metodología que para el efecto defina la Secretaría Técnica de la Mesa Interinstitucional”.

[57] Folio 10, segundo cuaderno. [58] En este sentido, se dijo en la sentencia C-341 de 2006: “Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana”.

[59] Por ejemplo sentencias T-216 de 2008, T-1019 de 2006, Su-337 de 1999, T-214 de 1997, T-401 de 1994. [60] Vrg. Sentencia C-933 de 2007. [61] Vrg. Sentencia C-1198 de 2008.

[62] Vrg. Sentencia C-355 de 2006. [63] Vrg. Sentencia C-373 de 2002. [64] Vrg. Sentencia C-040 de 2006. [65] Vrg. Sentencias T-425 y 475 de 1992.

[66] Vrg. Sentencia C-010 de 2000. [67] Vrg. Sentencias C-087 de 1998 y C-697 de 2000. [68] Se dijo en 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”.

[69] Por esto en 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...” .

[70] En el que conoció la tutela interpuesta por los internos de una cárcel de la ciudad de Cartagena, ante el corte del servicio de energía practicado por la E.S.P. a causa de la falta de pago por parte del INPEC.

[71] Dijo a este respecto la sentencia T-423 de 2003, al resolver una tutela interpuesta contra una entidad bancaria que de modo unilateral modificó el contrato de un crédito de vivienda: “Este derecho [el de la autonomía privada] se encuentra

reconocido en normas de derecho positivo tanto de rango constitucional como de rango legal (artículos 14, 16, 333 Superiores, 1502, 1503 Código Civil, y 12, 864 del Código de Comercio) en las que se establece su titularidad de manera universal a todas las personas que gozan de la capacidad de obrar.(…) El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido ex singuli, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y no es atribuido ex negotium sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la Ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14 Superior) como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio general de libertad (artículo 16 Superior). (…) Para la Corte el reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a la autonomía privada y la necesidad de diferenciarlo de los derechos patrimoniales, que por regla general son adquiridos en virtud de su ejercicio, implica entonces una atención más denodada del juez del Estado social de derecho al momento de enfrentar conflictos contractuales que involucren problemas constitucionales semejantes".

[72] Dentro de la enajenación ilícita, se incluía igualmente un numeral 4º sobre las especies objeto de litigio, ordinal que fue expresamente derogado por el artículo 698 del C. de P. C.

[73] Sobre los casos e objeto ilícito por prohibición especial, vid. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría general del contrato y del negocio jurídico.

Bogotá, Temis, 2005, pp. 246-253. [74] Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli. Derecho civil. Tomo I, Vol 2. Hechos jurídicos y actos jurídicos.

Bogotà, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 872-873 [75] Fernando Hinestrosa. Tratado de Obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 277-279.

[76] Vid. Massimo Bianca. Derecho civil. 3. El contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 641. [77] De ahí que se hable de diversas manifestaciones del orden público. Uno, llamado "orden público político" que tutela los valores de la persona, la familia y la comunidad estatal. Otro, el "orden público económico" de dirección y estructura económica o de protección, por la cual se extiende la regulación o intervención normativa del Estado, determina reglas sobre la licitud de las prestaciones, actos y contratos y se adecúa la autonomía de los particulares a las decisiones fundamentales de orientación económica y a la defensa de los intereses colectivos y sociales. Vid.

Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli. Derecho civil, op.cit., p. 904-906. [78] Vid. sentencia C.341 de 2006. [79] Sobre los objetivos y contenidos de las normas de orden público, dijo la Corte en la sentencia T-468 de 2003, al estudiar si existía vulneración de derechos fundamentales del actor a quien las entidades financieras demandadas, habían denegado sus solicitudes de crédito:

"(…) la noción de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, deja de cumplir un papel exclusivamente negativo de protección a las libertades individuales, para transmutar su alcance a la realización imperativa de los deberes de bien común e interés público, propios de un Estado Social de Derecho. En este orden de ideas, la nueva noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un Estado Social, destinados a velar por la conservación y vigencia no sólo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre los particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al orden público, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras, de ius cogens".

[80] Vid. Fernando Hinestrosa. Tratado de Obligaciones, op.cit., p. 279. [81] Vid. Massimo Bianca. Derecho civil, op.cit., p. 643. [82] Vid. Atilio Aníbal Alterini.

Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999 (reimpresión), p. 32. [83] R. Sacco. G. De Nova.

Il contrato. Torino, s.d, 1993, II, p. 78. [84] F. Ferrara. Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano , Milano, 1914, p. 14 y 33 ss. Sobre esta línea doctrinal véase igualmente F. Messineo, Dottrina generale del contratto , Milano, 1946, p. 229; F. Carresi, “Il negozio illecito per contrarietà al buon costume”, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, p. 34; A. Torrente, P.

Schlesinger. Manuale di diritto privato . Milano, 1994, p. 194; R. Scognamiglio. “Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352”, en Comentario del “Codice civile” , al cuidado de A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, sub art.

1343, p. 329 ss. [85] Vid. Fernando Hinestrosa, Tratado de Obligaciones, op.cit. p. 279-281. [86] Fue el caso de la sentencia C-350 de 2009, cuando declaró inconstitucional prohibir a un servidor público ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra ‘ la moral o las buenas costumbres ’.

Una medida que adoptó teniendo en cuenta que tales eran conceptos “vagos y ambiguos, no son claros y precisos”. Además, tal prohibición “implica tipificar como faltas del servidor público, conductas que carecen de una relación con las exigencias propias de su desempeño. Se terminaría entonces, comprometiendo ámbitos individuales en los que las personas desarrollan libremente su personalidad”. Y aunque el concepto de moral y en especial el de “moral pública” o “moralidad pública”, son importantes y relevantes constitucionalmente (artículos 88 y 209, CP), su protección como valor constitucional no puede hacerse “con un grado de indeterminación tal que generen inseguridad jurídica y pongan en riesgo los derechos fundamentales de las personas”.

[87] Sentencia T-391 de 2003. [88] Asunto en el que la Corte analizó la tutela ejercida ante los actos de desalojo del espacio público en el que deambulaban personas homosexuales en Santa Marta, justificados por la policía en que la presencia de aquellos contraria a la moral pública.

[89] Dijo la Corte: “la moral pública como fuente de razones para fundamentar una decisión judicial o administrativa, debe ser examinada en cada caso a la luz del principio que establece una presunción a favor del criterio pro libertate en el actual modelo constitucional. Es decir: si bien la estructura normativa de las prescripciones en el ámbito de la razón práctica general puede funcionar como argumento válido en contextos jurídicos, el examen que es necesario hacer a este tipo de razones debe tomar en consideración si acuden al derrotero fijado por las orientaciones valorativas seguidas por la mayoría, con el posible menoscabo de las garantías fundamentales de las minorías. En ese sentido, no puede el juez constitucional olvidar que muchas veces las razones de tipo moral, aunque están de acuerdo con la opinión preeminente en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos. Lo anterior permite afirmar que - de conformidad con lo establecido en el fundamento 3 de esta providencia- cuando la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad. Se tiene entonces que sólo será constitucional una medida de esta índole si es necesaria, adecuada y estrictamente proporcionada para la salvaguarda del valor en mención ajustado a la Constitución.” [90] En términos de la Corte:

“En punto de la aplicación de sanciones por parte de autoridades administrativas –como la detención preventiva administrativa- es imprescindible recalcar que en tanto restringen la libertad personal, no pueden tener como fundamento tan sólo una consideración de moral pública, que a su vez, no ampare bienes constitucionalmente protegidos. // En conclusión entonces, cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede fundar el reproche en consideraciones de razón práctica exclusivamente, sino que debe estructurar su razonamiento con todas

las circunstancias relevantes para el caso –entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública- [ver sentencia C-404 de 1998].” [91] Dijo la Corte:

“Para que un principio de moral pública sea fuente legítima de una norma o de una decisión administrativa que restrinja la libertad personal, el mismo no debe ser tan sólo la expresión de idearios perfeccionistas colectivos o individuales. En supuestos de sociedades contemporáneas en las cuales conviven múltiples grupos humanos con cosmovisiones disímiles, el primado constitucional propende por el respeto y preponderancia de la libertad como barrera frente a convicciones homogenizantes que tienden a imponer su visión de mundo a toda la sociedad (con fundamento en sus prejuicios y concepción de verdad). Sobre el punto, ha dicho la Corte: ‘La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna. -- Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social. (…) En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios’ [sentencia C-404 de 1998]”.

[92] Por esto, agregó en seguida, que, “frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública –y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad”, debía entonces aplicarse “un test estricto de proporcionalidad”.

[93] Ver sentencia C-409 de 2009, que hizo alusión al contrato de seguro de responsabilidad civil. [94] Sentencia T-468 de 2003. [95] Informe de la Alcaldía Mayor de Bogotá, folio 65 del tercer cuaderno.

[96] Definida en el artículo 3º del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de Naciones Unidas arriba citado, como “la captación, el trasporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a una concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como

mínimo la explotación de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud o servidumbre o la extracción de órganos (…)".

[97] Vid. al respecto, Obi N. I. Ebbe. "The Nature and Scope of Trafficking in Women and Children". En Ebbe and Das (ed.). Global Trafficking in Women and Children.

N.Y., CRC Press, 2008, p. 17 y ss., donde se revela que las personas objeto de trata humana, proceden en general de los países en desarrollo (Colombia entre ellos) o recientemente democratizados y su número presenta datos diversos siempre preocupatantes, como por ejemplo que para el año 2000, 45.000 mujeres y niños, fueron "traficados" hacia los Estados Unidos.

[98] Es verdad que no es esta la única actividad a la que son sometidas las mujeres y niños víctimas de la trata de personas, aunque suele ser la más relevante. Vid.

Ibid , p. 21. [99] A este respecto y en contraste con la bibliografía que se acaba de citar, se destacan los trabajos de Laura María Agustín, quien ha criticado la llamada industria del rescate (rescue industry), que ordinariamente adscribe el carácter el status de víctimas a las prostitutas que, conforme sus investigaciones de campo en diferentes países de América Latina y España, al contrario han asumido su trabajo de modo conciente y voluntario.

De allí que abogue por una aproximación al fenómeno de la prostitución sin preconcepciones morales ni fundamentalismos. Vid. Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios .

Pais Vasco, Gakoa, 2004; Sex at the Margins: Migration, Labour Markets and the Rescue Industry , London, Zed Books, 2007. [100] Vid. sobre el particular, Martha Nussbaum .

Sex and Social Justice. New York : Oxford University Press, 1999. [101] Así lo observa Mauricio Rubio, cuando tras utilizar un índice de legalidad de la prostitución en diversos países, encuentra que, "en la actualidad, la población del mundo está más cerca de la prohibición que de la legalización del comercio sexual". Vid.

Viejos verdes y ramas peladas… op.cit., p. 230. [102] Es el caso de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 11 de agosto de 1991, MP: Montes Hernández, exp.

7619, en la que se niega la petición de perjuicios materiales reclamados por causa de la muerte de una persona que trabajaba en una zona de tolerancia, entre otras razones, por no ser ésta "una actividad económica productiva protegida por la ley, de la cual pudiera afirmarse obtuviera recursos para ayudar al sostenimiento de sus familiares más inmediatos…".

[103] Folio 100 tercer cuaderno. [104] Funcionarios públicos, personal vinculado a la policía, dueños de establecimientos, administradores, personas en situación de prostitución. comunidad en general, estudiantes.

[105] Folio 87 del tercer cuaderno. [106] Idem. [107] En Documento "Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009" folio 101-102, tercer cuaderno.

[108] No propios sólo de nuestra realidad. Así se observa en la sentencia STC 121 de 2002, f.j. 5, del Tribunal Constitucional Español, en la que en un recurso de amparo, estimó que la revelación de la demandante de que ejercía la prostitución, no estaba cubierta por la libertad de información y con ella, además de revelar innecesariamente un aspecto de su vida privada, "la hace desmerecer del concepto público, al vincularla a una actividad socialmente reprobada que proyecta sobre ella un juicio negativo".

[109] Rubio también observa, con base en los indicadores de legalidad de la prostitución, que el efecto de las normas sobre el comercio sexual opera en sentido distinto del que desearían las partes envueltas en el debate. En Vid.

Viejos verdes y ramas peladas: una mirada global a la prostitución, op.cit., p. 236. [110] No existen cifras claras sobre el fenómeno, sólo existe claridad sobre su existencia. Su carácter creciente como lo deja ver en Bogotá, el documento denominado “Hablemos de prostitución en Bogotá”, destacaba la reactivación de la actividad a partir de 2003 y en general el surgimiento exponencial de establecimientos dedicados a la prostitución en la década del 2000 (folio 94 tercer cuaderno del expediente). Y si es creciente es porque resulta económicamente rentable, como lo refleja el dato aproximado de que en el mundo el sexo mueve alrededor de siete mil millones de dólares al año.

Así en Donna Hughes. “The Natasha Trade: Translational Sex Trafficking”. Citado por Mauricio Rubio, op.cit. , p. 29, pie de página 7. [111] El Informe Balance social de 2003 , de la Secretaría Distrital de Salud en consonancia con el estudio efectuado con el DABS, contactó cerca de 11.822 mujeres en situación de prostitución en la ciudad de Bogotá.

[112] En este caso, empero, atendiendo al principio de la conservación del derecho, “la Corte encuentra lícito que se sancionen aquellas conductas de los oficiales y suboficiales en servicio activo dirigidas a la práctica o patrocinio de la prostitución, toda vez que, tal como ocurre con el proxenetismo, al cual equivalen tales conductas, se trata de comportamientos que chocan con la actividad castrense y causan grave afrenta al honor y decoro militar”. Pero ello en el entendido de que “se trate de actos sexuales (…) que se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, propiamente dichas”. Vid. también sentencia C-431 de 2004.

[113] Por tal ha entendido la Corte, según reiterado precedente la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio” (Sentencia T-425 de 1992, que ha retomado entre otras las sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-615 de 2002, C-992 de 2006).

[114] Los estudios hacen referencia a los “tarjeteros”, esto es las personas que promocionan el establecimiento de comercio en donde se presta el servicio. Y las “mamis” como las mujeres que administran los locales y tienen contacto directo con las personas que ejercen la prostitución en el mismo y ordenan la relación con los clientes.

[115] Esta última, la libertad de empresa, es reconocida como especie del género libertad económica, que según reiterado precedente es “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Vid. Sentencia C-525 de 1995.

[116] Vrg. el trabajo de menores de edad, la pornografía, la producción de bebidas embriagantes y de cigarrillos. [117] No sólo porque resultaría contrario a la moral social y ecuménica que se deriva de la Constitución pluralista colombiana, que una actividad tan gravosa para quien directamente la ejecuta pero tan lucrativa para quien hace negocio de ella, tuviere exenciones tributarias, esto es, deferencias al deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. También porque como cada vez resulta más patente, las obligaciones tributarias no están determinadas por la licitud o ilicitud de la actividad económica desarrollada, sino y como se ha dicho, por la creación o no de riqueza. Vid. Andrés Báez Moreno. “El principio de neutralidad fiscal y el IVA como impuesto sobre el consumo. A propósito del gravamen de las actividades ilícitas”. En Quincena Fiscal Aranzadi, num 1/2008 . Pamplona, editorial Aranzadi, 2008.

[118] Art. 420, literal b. del E.T.; Decreto 1372 de 1992, art. 1º. [119] Impuesto de carácter municipal que grava toda actividad industrial, comercial o de servicios que se realiza en Bogotá en forma ocasional o permanente, con o sin establecimientos. Son responsables del impuesto de industria y comercio la persona natural o jurídica o la sociedad de hecho, que realice el hecho generador de la obligación tributaria, consistente en el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción del Distrito Capital. En este sentido el Decreto 352 de 2002, por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria en el Distrito Capital, en su artículo 32 prevé: “Hecho generador.

El hecho generador del impuesto de industria y comercio está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, ya sea que se cumplan de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos". Y en cuanto a la actividad comercial., dice el art. 34. "Es actividad comercial, la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes y mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios". Y sobre la actividad de servicio, señala el artículo 35. "Es actividad de servicio, toda tarea, labor o trabajo ejecutado por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual".

[120] Junto con los servicios de "venta de licor dentro del establecimiento" y "servicios de masajes". Folio 31, primer cuaderno. [121] En este sentido, vid. sentencia C-621 de 2003.

[122] M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Expediente No. 7924. [123] MP: Dídimo Páez Velandia, Proceso No. 10672. [124] Aunque no se tratara de una situación tal, así se pronunció la Corte constitucional, cuando en la sentencia T-453 de 2005, excluye como pruebas del proceso penal bajo estudio, las decretadas y practicadas por el juez de conocimiento, que pretendían diluir la responsabilidad penal del imputado de acceso carnal violento, basados en el pretendido comportamiento sexual disperso de la víctima.

[125] Dice a este respecto el artículo 7º del C.S.T, en consonancia con el art. 25 constitucional: "El trabajo es socialmente obligatorio". [126] En efecto, desde el Derecho romano el principio en cuestión es una prohibición que emana de la buena fé, estrechamente relacionada con la fuerza vinculante de los acuerdos, el reproche a la conducta dolosa, la necesaria consideración de los intereses de las partes en la relación contractual, y también con la exigencia de proteger la confianza generada en la contraparte. Vid. Martha Lucía Neme Villareal.

La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá, Centro di Studi Guiridici Latinoamericani, Università Tor Vergara, CNR, Roma Italia, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.

311-326. [127] De allí que en el derecho francés, la doctrina sea tan crítica con las medidas prohibicionistas en torno de la prostitución (punición del "racolage"), cuando por otra parte, el llamado realismo fiscal sobre la actividad considerada contraria a la dignidad humana reflejan la falta del coherencia de la regulación en su conjunto y en definitiva el tratamiento cínico del asunto, en contra de la dignidad de quienes ejercen el oficio. Vid. Christophe Geslot.

Prostitution, dignité… par ici la monnaie! , Paris, Recueil Dalloz, 2008, p. 1292. [128] Dice este precepto: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

[129] La expresión "moral cristiana" de que trata el artículo 13 de la ley 153 de 1887, fue declarada exequible en la sentencia C-224 de 1994, porque al referirse a ella, dijo la Corte que lo que se está reconociendo es la moral social que prevalece aún en la sociedad colombiana. Lo anterior, no obstante las incongruencias que en su momento destacaran los entonces magistrados Eduardo Cifuentes, Fabio Morón y Alejandro Martínez en su salvamento de voto suscrito en conjunto, cuando observaron que la interpretación de la Corte al declarar constitucional la expresión "moral cristiana" entendiéndola como "moral social", hacía inaplicable la primera y la convertía simplemente en "una reiteración de uno de los elementos integrantes de la costumbre, la opinio iuris". Por lo demás, se agrega en su salvamento que en tanto la Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, "la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución". A su vez, dijo en salvamento individual el magistrado Carlos Gaviria, "la

función que la costumbre (a secas) cumple en el derecho, es la de servir de fuente material de primer orden" para aproximar la legislación a la realidad, para nutrirla con las prácticas sociales que se van arraigando "y cuya conveniencia y rectitud compete evaluar al legislador, en función de los fines que, dentro del amplio esquema que la constitución le ofrece, juzgue conveniente perseguir". No se trata –añade el salvamento de Gaviria- de reconocer carácter normativo entonces a la costumbre cifrada en creencias subjetivas, sino de "propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana". Así puede interpretarse la voluntad constituyente, como voluntad "plausible, progresista, propiciatoria de certeza y nada incompatible con la búsqueda de un orden justo dentro de un ambiente participativo y democrático".

[130] De allí que en Europa se hable de la "moral victoriana", para apelar decisiones en las que se niegan derechos no por razones objetivas, sino porque el sujeto por o para quien se reclama, no es hallado en una situación jurídicamente protegida. Cfr. Duncan Fairgrieve.

State liability in tort. A comparative law study. London, Oxford University Press, 2004, p. 229, donde criticando las posiciones del Consejo de Estado francés sobre el rechazo de las pretensiones de las concubinas, se afirma que ello "provocó la cólera de M. Waline, que denunciaba la moral victoriana".

[131] Distinto es el caso de otros ordenamientos en donde la prostitución propiamente dicha está prohibida. De allí que esta actividad y todos los negocios que se pacten al respecto, sean considerados como actos lesivos de la dignidad sexual y ejemplos típicos de prestación ilícita por ir en contra de la regla ética comúnmente acogida. Es, como se dijo en la primera parte de la providencia, el caso italiano. Vid. al respecto, Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli.

Derecho civil, op.cit., p. 907; Massimo Bianca. Derecho civil, op.cit, p. 643. [132] En tanto la prestación en el arrendamiento de servicios sexuales, a pesar de ser ejercido como actividad independiente, tendría un contenido obligacional idéntico al del contrato de trabajo no admitido.

[133] Antonio Valledona. Istituzione di diritto del lavoro, t. II. Il rapporto di lavoro. Padova, Cedam, 2004, p. 64. [134] Además se han reconocido como sus características, el ser consensual, bilateral, intuito personae o personalísimo en lo que hace al trabajador, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, típico nominado y principal.

[135] La Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948 consagra el derecho al trabajo (Art. 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), aprobado por la Ley 74 de 1968, consagra el derecho al trabajo (Art. 6º), el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (Art. 7º) y la libertad de asociación sindical (Art. 8º), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), aprobado por la Ley 319 de 1996, prevé el derecho al trabajo (Art. 6º), el derecho al goce de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (Art. 7º) y los derechos sindicales (Art. 8º). A estas normas se suman las adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, de la cual el Estado colombiano forma parte.

[136] Vid. sentencias T – 394 de 1999 (sobre trabajadores cooperados); T – 521 de 2004, T – 529 de 2004, T– 614 de 2008 (para contratos de prestación de servicios), T – 651 de 2008, T – 964 de 2008 y T – 987 de 2008. (cuando la trabajadora independiente es madre cabeza de familia o embarazada).

[137] Modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. [138] Otro tanto se observa en la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral, que de tiempo atrás, ha decantado el entendimiento del contrato laboral, sus particularidades y las pautas hermenéuticas que permiten reconocerlo. Por ejemplo, cuando ha afirmado que conforme al artículo 24 del CST, la presunción surge independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio (sentencia del 1o de julio de 2009, radicación No 30.437, Magistrado Ponente:

Gustavo José Gnecco Mendoza), presunción que, como se ha dicho, en todo caso puede ser desvirtuada o corroborada, entre otras a través de la p rueba testimonial como herramienta más usada para determinar la naturaleza jurídica del vínculo. Sin embargo, se precisa que el cumplimiento de un horario constituye sólo un indicio de la subordinación (sentencia del 8 de mayo de 2008, radicación No. 30253, Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez). De este modo, la continuidad en la prestación del servicio no sirve por sí sola para demostrar la existencia de una subordinación laboral, debido a que el tiempo que una persona preste sus servicios, no guarda relación con la forma como los haya prestado (s entencia del 20 de mayo de 2008, radicación No. 30529, Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza).

[139] Vid. al respecto, Augusto Conti. “Los principios del derecho al trabajo y su dimensión democrática”. En Manual de Derecho Laboral. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.

30-53. [140] De allí que como se indicara en la sentencia T-447 de 2008, “en numerosas oportunidades, tanto por vía de constitucionalidad como de tutela, esta Corporación se ha pronunciado a favor de la protección constitucional del derecho al trabajo: (i) En las sentencias SU- 511 de 1995, SU-547 de 1997, SU-519 de 1997 y T-097 de 2006 concedió amparo a la garantía “ a trabajo igual salario igual ”, razón por la cual ordenó a los empleadores demandados la realización de una nivelación salarial que pusiera fin a la discriminación de la cual eran víctimas los accionantes de los respectivos procesos de tutela. (ii) En sentencia C-076 de 2006 [que imponía restricciones para acceder al concurso de notarios] la Sala Plena señaló que en ningún caso la limitación de una persona podría ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación fuese claramente demostrada como incompatible e insuperable respecto de las funciones esenciales del cargo a desempeñar; razón por la cual declaró inconstitucional una disposición contenida en el estatuto de notariado que limitaba el acceso al trabajo a las personas sordas o mudas. (iii) En sentencia T-394 de 1999 la Corte concedió amparo a los derechos fundamentales de un miembro de una Cooperativa de Transporte quien fue retirado del servicio debido a su edad -57 años-, razón por la cual ordenó su reintegro y la adecuación de los estatutos de la entidad demandada “ a los principios y derechos consagrados por la Constitución Política ”. (iv) En las sentencias T-167 de 1994, T-063 de 1995, T-146 de 1999 y T-144 de 1999 esta Corporación ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales a empleados que se encontraban prestando sus servicios a los empleadores demandados en los procesos de tutela, quienes se habían apartado del deber legal y constitucional de cumplir con dichas obligaciones patronales.

(v) En sentencia T-026 de 1996 se ordenó el reintegro de un trabajador que se desempeñaba como auxiliar de servicios varios, quien fue despedido por su empleador debido a que éste consideraba que el tipo de labores que desarrollaba debían ser realizadas por una mujer. (vi) En sentencia C-531 de 2000 la Sala Plena condicionó la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, disposición que autoriza el despido de personas que padezcan algún tipo de discapacidad por justa causa, cuando quiera que tal decisión se encuentre autorizada por el inspector de trabajo. El condicionamiento señalado consistió en que en aquellos eventos en los cuales la persona sea retirada sin dicha autorización, el despido será ineficaz. (vii) En el mismo sentido, en sentencia C-470 de 1997 la Sala Plena profirió un fallo de exequibilidad condicionada del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo con el objetivo de limitar la interpretación de esta disposición en el sentido en que “ carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe (…), en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas ”.

[141] Dijo al respecto la mencionada sentencia T-447 de 2008, reiterando jurisprudencia, que sin duda alguna, “una de las insignias más notables del Estado Social de Derecho (artículo 1° superior) se encuentra en el compromiso asumido por la organización estatal consistente en brindar protección a los derechos económicos, sociales y culturales. (…) En tal

sentido, el objetivo al cual se hace alusión consiste en ofrecer un acceso material al conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales (…). En este contexto, el derecho al trabajo adquiere una innegable importancia como condición, en la mayoría de los casos insustituible, para la realización de los derechos fundamentales, motivo por el cual la realización de los supuestos que lo hagan posible constituye uno de los asuntos más relevantes que deben ser atendidos no sólo por el Estado, sino por la sociedad en conjunto".

[142] En la cual se declaró inexequible el inciso 2º del mencionado precepto, contenido en el art 2º de la ley 50 de 1990, al establecer una excepción radical a la presunción del inciso 1º de que "toda relación de trabajo personal está dirigida por un contrato de trabajo". En efecto, decía la proposición: "No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el liberal b) del artículo primero de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contrata".

[143] En efecto, ratificando la jurisprudencia, se dijo en la sentencia T-430 de 2006, al atender un asunto de carácter laboral con contrato no escrito, que no era competencia del juez constitucional el determinar la existencia o no del contrato realidad, no sólo por respeto a la competencia del juez laboral sino también por la importancia que reviste la etapa probatoria del procedimiento ordinario para garantizar el derecho de defensa de las partes involucradas en el litigio, que no es la tutela la vía para declarar la existencia de un contrato de trabajo o en general de una relación de carácter laboral (sentencias T-355 de 2000, T-1156 de 2000, T-105 de 2002 y T-008 de 2004, T-101 de 2002, entre otras). No obstante agregó, "en procura de garantizar al máximo los derechos del extremo débil en esta relación, el trabajador, la Corte ha reconocido también la posibilidad de reconocer dentro de una acción de tutela, la existencia de un 'contrato realidad', si ésta se desprende de los elementos probatorios allegados al proceso". De modo que para que se configure la relación laboral y nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono, es necesario establecer la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación. Por ello, se agrega entonces siguiendo la sentencia T-180 de 2000, " ' el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo. Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el convenio (…)'" .

[144] En su versión modificada por el artículo 1o del Decreto 617 de 1954. [145] Por esto en sentencias T-982 de 2001, T-044 de 2008, T-327 de 2009, se protegieron los derechos de trabajadores frente al poder de subordinación de su empleador en ejercicio de ius variandi, al hallarse en juego de modo innecesario e irrazonable el ejercicio o no de la libertad de cultos de aquellos.

[146] Vid. al respecto sentencia C-930 de 2009 que declaró inexequible una limitación a los derechos del trabajador. [147] Como se dijo en la sentencia C-299 de 1998, "(…) La subordinación a la que está sujeto el trabajador en el contrato de trabajo rige solamente para los efectos propios que se derivan de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento de la actividad, servicio, o labor contratada y que, como se expresó, permite al empleador dar órdenes, dirigir al trabajador, imponerle reglamentos, o sancionarlo disciplinariamente (…).".

[148] Vid. sobre el particular la sentencia C-247 de 2001, que declaró inexequible una excepción que se contemplaba sobre este asunto. [149] Este deber representa el desarrollo del orden constitucional y la forma como se introduce en la vida del mercado y en el ejercicio de la libre empresa, el respeto a los derechos constitucionales colectivos de libertad de asociación, negociación colectiva y huelga. Derechos que tienden a prevalecer sobre la libertad del empresario de disponer del recurso humano, como ha ocurrido entre otras en las sentencias T-135-2002, SU 342 de 1995, T-476 de 1998 y SU-1067 de 2000, en las que se tuteló a los trabajadores, al determinar que el poder de dirección o subordinación

ejercido en su caso no obedeció a la facultad de despido propio a su libertad empresarial, sino a impedir el ejercicio del derechos de libre asociación sindical.

[150] Respecto de lo anterior, dice el artículo 8º C.S.T.: “Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley”. Por su parte el art. 10º prescribe: “Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas proteccion y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley”. Y por último el artículo 11 C.S.T según el cual: “Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley”.

[151] Vid. Francisco Lafont. Derecho laboral individual. Bogotá, ediciones Ciencia y Derecho, 1991, pp. 68-69. [152] “La legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo”.

[153] Vid. Guillermo González Charry. Derecho individual del trabajo. Bogotá, Diké, 1991, pp. 172-174. Jorge Manrique Villanueva. “ Aproximación al contrato de trabajo”. En Manual de Derecho laboral, op.cit., p. 141-142.

[154] Luigi Ferrajoli por esto emplea los sexos, como el caso de diferencia de carácter originario e insuperable, paradigmático para explicar la respuesta correcta, lo más correcta posible del Estado para respetar derechos y hacer la igualdad efectiva. En Derechos y garantías. La ley del más débil.

Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-93. [155] Vid. sentencias T-964 de 2008, T-291 de 2005, T-373 de 1998,T-568 de 1996. [156] En este sentido se dijo en sentencia T-961 de 2002, reiterada entre otras en sentencias T-145 de 2007, T-354 de 2007, T-113 de 2008, T-635 de 2009 y T-088 de 2010, que el despido de la mujer en razón a su embarazo, suponía para la gestante, trasgresión de al menos tres derechos fundamentales, a saber: “ i) frente al caso de la relación laboral: el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo asociadas a la maternidad (licencia de maternidad, permisos de lactancia) y el derecho al mínimo vital; ii) frente al caso de la permanencia en el sistema de seguridad social, puede llegar a vulnerar: el derecho a la vida y a la salud de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud del recién nacido; y iii) frente al caso del proceso biológico y psicológico del embarazo, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y a la maternidad”.

[157] Vid. sentencias T-568 de 1996 y C-470 de 1997, por ejemplo. [158] En esta sentencia la Corte estudió la exequibilidad del numeral 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante el cual se consagra el derecho de la trabajadora embarazada despedida sin la autorización de la autoridad competente, a recibir el pago de:

i) una indemnización; ii) las prestaciones sociales respectivas y, iii) la licencia de maternidad. [159] Vid. entre otras, sentencias T-373 de 1998, T-501 de 2005, T-1177 de 2003, T-631 de 2006, T-885 de 2003, T-245 de 2007 y T-173 de 2005.

[160] Vid. sentencia T-631 de 2006. [161] Gaceta No. 85 de 29 de mayo de 1991. [162] Estudiaron y declararon la constitucionalidad de este precepto, las sentencias C-034 de 1999 y C-964 de 2003.

[163] Por ello se sostuvo en sentencia C-184 de 2003, que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad, sino de los presupuestos fácticos.

[164] “(…) promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de

atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables" (art. 3º de la ley 82 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 1232 de 2008).

[165] Sentencia C-184 de 2003. [166] Sentencia T-833 de 2009. También SU-388 de 2005. [167] Sentencia T-1211 de 2008. [168] Vid. Dolores Juliano. "Sobre trabajos y degradaciones" (pp. 12-15); Cristina Garaizabal "Por los derechos de las trabajadoras sexuales" (pp. 17-29); Laura María Agustín. "Trabajo y ciudadanía:

movimientos pro derechos de las trabajadoras sexuales" (pp. 31-42). En José Luis Solana y Estefanía Acién (eds.). Los retos de la prostitución.

estigmatización, derechos y respeto, op.cit. Así mismo, vid. Gonzalo Torquemada de la Hoz. "Regularizar la prostitución: ¿Avanzar en la igualdad laboral de las mujeres o fomentar la explotación sexual de las niñas?". En Eva María Martínez Gallego y Justo Reguero Celada (coord.) Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad, op.cit., pp. 159-173.

[169] Folio 65 del tercer cuaderno. [170] Se sigue la descripción de Rey, Mata y Serrano. Prostitución y derecho, op.cit, p. 187-194. [171] Con todo, también pueden adoptar otras modalidades como las de ser sala de fiestas, hostales, clubes nocturnos, locales dedicados a cabinas de masaje, sauna, etc., en las que además de bebidas alcohólicas se ofrecen otros servicios.

[172] En España conocen de las relaciones laborales entre particulares, los jueces pertenecientes a la llamada "jurisdicción social". [173] Vid. de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 19 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988 y 17 de noviembre de 2004, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Citadas en la Sentencia No. 425 del 14 de abril de 2009, del Tribunal supremo, Sala Penal. Igualmente en otras decisiones de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas, en los que incluso se han extendido las interpretaciones sobre la laxitud en la interpretación de los elementos del contrato. Es el caso, en materia de horarios –no siempre fijos- o de cierta liberalidad en el cumplimiento de sus funciones y de su forma de atraer a los clientes. Así en sentencias STSJ de Andalucía, de 4 de diciembre de 2003, STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003, STSJ del País Vasco de 16 de junio de 1986 y SSTSJ, salas de lo social, País Vasco de 7 de abril de 1998. Citadas por Rey, Mata y Serrano.

Prostitución y derecho, op.cit, p. 192-193. [174] SJS num. 2 de Vigo de enero 9 de 2002, SJS num. 1 De Granollers de 22 de noviembre de 2002, por ejemplo. Citadas por Rey, Mata y Serrano.

Prostitución y derecho, op.cit , p. 196. [175] Folios 65 y 93, tercer cuaderno. [176] Pues aunque la primera modalidad lleva consigo la subordinación para desarrollar tratos próximos a los sexuales, el hecho de no reconocerlo y de presentarlos bajo figuras lúdicas y recreativas, le resta su velo de indignidad y le merece las protecciones del régimen jurídico de los trabajadores.

[177] Limitaciones a la subordinación que, a decir verdad, pueden establecerse para toda suerte de contratos, según su naturaleza y contenidos, según las condiciones del sujeto, pero que en todo caso no restan de entidad a este elemento identificador de un contrato de trabajo. Así, para el caso de la prostitución, la ley alemana sobre regulación jurídica de las prostitutas de 2001, declara en su artículo 3º que en lo que concierne a la dependencia, existe un derecho limitado de dar instrucciones lo que no supone excluir el ejercicio de la actividad por cuenta ajena, ni su posible sujeción a las reglas del Derecho del trabajo. Vid. Martínez, Mata, Serrano.

Prostitución y derecho, op.cit., p. 180, pie de página 445. [178] E incluso, habrá derecho al pago de salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio, aun cuando la actividad dentro de la cual se ha ejercido la

prostitución pueda ser considerada ilícita, conforme lo establecido en el art. 43 C.S.T..

Vid. fundamento jurídico no . 108 de esta providencia. [179] Vid. Pablo de Lora. “¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado”. En Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), pp.

451-470. [180] Sentencias C-445 de 1995, C-371 de 2000, C-093 de 2001, C-673 de 2001, entre otras. [181] Vid. Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías, op.cit., p. 92.

[182] Vid. al respecto, Martha Nussbaum. Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades. Barcelona, Herder, 2002, pp. 372-373.

[183] Diccionario Jurídico Básico, Editorial Colex, 2° Edición 2006, Madrid, P. 305. [184] “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[185] A este respecto, se puede consultar el artículo 2 del decreto 2591 de 1991 que dispone lo siguiente: “ ARTICULO 2o. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA TUTELA. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión ”.

[186] Así, el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto.

Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”. [187] Respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es necesario consultar el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en el cual se establece que sólo es procedente cuando se interpone contra un particular que preste servicios públicos, o que esté poniendo en grave peligro el interés colectivo o, finalmente, cuando entre el accionante y el particular existe una relación de subordinación o de indefensión.

[188] El tema de la legitimación en la causa está regulado en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos: “ ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo

establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito ”.

[189] Esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que:

(i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente.

[190] A la luz del art. 27 del C.P.L.: “La demanda se dirigirá contra el patrón, o contra su representante legal cuando éste tenga facultad para comparecer en juicio en nombre de aquél”.

[191] Esto es, que ZOTO es el beneficiario real de la situación que motivó la acción (art. 42, 4º Dec. 2591 de 1991), quien como se acaba de decir, no autorizó al señor ALF o a la señora BOREAL para representarlo en el proceso.

[192] Vid. p.e. sentencias T-075 de 2010 y T-485 de 2008. [193] Sobre estos requisitos, se pueden consultar, por ejemplo, las sentencias T-373 de 1998, T-426 de 1998, T-874 de 1999;

requisitos aplicados en las sentencias T-002, T-014, T-053, T-063, T-070, T-381 , T-619 y T-1040 de 2006; T-056, T-069, T-071, T-195, T-221, T-465, T-546, T-561, T-761 de 2007 y T-513 de 2008, entre otras.

[194] El precepto fue acusado, entre otras cosas razones, por violación del debido proceso. Una cuestión que resolvió negativamente el juez constitucional al considerar que “en nada afecta el derecho fundamental al debido proceso (…) por cuanto se trata de una presunción legal en sentido estricto, ‘ iuris tantum’ . De este modo, retomando la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 16 de febrero de 1994), se dijo que en su funcionamiento operan las reglas que gobiernan el peso de la prueba en el proceso civil, lo que quiere decir que cuando se presenta, “‘la parte a quien beneficia se libera de la carga que entraña la demostración del hecho presumido, siempre en el entendido que su finalidad no es otra distinta a imprimirle seguridad a situaciones que con justicia y fundamento pueden suponerse existentes, pero sin que de manera tajante quede excluida la posibilidad de probar con variable amplitud contra ese hecho a cuya certeza se llega mediante la presunción’”. Y sigue la Corte constitucional: “La no comparecencia en forma injustificada a responder un interrogatorio en un proceso de carácter civil, no obstante haber sido debida y oportunamente notificada la diligencia, al cual como se dijo no le es aplicable la garantía a la que se refiere el artículo 33 superior, lógicamente deberá desencadenar consecuencias dentro del proceso para quien se niega a asistir, o asistiendo se muestra renuente o evasivo al contestarlo, que de ninguna manera constituyen sanción, pues ellas no son más que un instrumento que la ley procesal le da al juez, para que éste realice de manera efectiva el principio de impulsión del proceso, cuya eficacia le corresponde garantizar;

el juez no puede erigir el silencio o la evasiva de uno de los sujetos procesales, como obstáculo insalvable para la búsqueda de la verdad material, que es el principal objetivo del proceso”.

Por lo demás, existe la garantía del artículo 209 del C.P.C. para el caso de que quien no comparezca a la audiencia tiene la oportunidad de probar, dentro de los tres días siguientes, que tuvo justificados motivos para no asistir, caso en el cual no se hará efectiva la presunción. De allí que se concluya finalmente: “Es claro entonces, que en tanto presunción legal la confesión ficta o presunta sólo se produce si se reúnen los requisitos y condiciones que se consagran en los artículos 178, 183, 194, 195, 201, 205, 207 y 210 del Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación garantiza en todo el derecho a la defensa del sujeto procesal que se niegue injustificadamente a comparecer a una audiencia, o que asistiendo se muestre renuente o responda de manera evasiva, y que ella asume el carácter de confesión provocada siempre y cuando

esté precedida de las formalidades legales correspondientes. En consecuencia, conforme otra decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (sentencia del 24 de junio de 1992), concluye que se "'invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las secuelas de la presunción comentada, que es presunción acabada y en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar -bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda de contestación) -, naturalmente redundarán en contra de aquél'".

[195] En términos generales, también cabría incluir la presunción del artículo 239 C.S.T., según la cual, cuando el despido de la mujer embarazada o en período de lactancia se hace sin el permiso del inspector del trabajo, se entiende que el mismo se ha efectuado por estos motivos. Con todo, como ha quedado visto, no ha sido necesario emplear dicho supuesto normativo, como quiera que obran pruebas en el expediente que acreditan con nitidez que el retiro de la actora como trabajadora del establecimiento PANDEMO, ocurrió con motivo de su estado de gravidez.

[196] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 8 de junio de 1982. [197] Con todo, aunque se probare ilicitud por parte del bar, su propietario, sus administradores, como se observó, ello no sería obstáculo para el reclamo de los derechos labores en general, no lo sería tampoco para el reclamo por el mecanismo idóneo de tutela, de sus contenidos fundamentales.

[198] Vid. antecedente 1.7.13 y folio 65 tercer cuaderno. [199] Y aunque la última actividad que desempeñó la actora en el bar PANDEMO no fue ésta, en todo caso las otras funciones se asignaron de manera provisoria dado su estado de embarazo.

[200] No pasa inadvertido para la Sala, la forma como el Ministerio de Protección Social ignoró tanto el llamado que la juez de primera instancia hizo para que se pronunciara sobre el caso de la señora LAIS (orden tercera de la sentencia de 4 de mayo de 2009, folio 42 del primer cuaderno), como el que efectuó esta misma Sala (auto de junio 8 del año en curso) para los mismos efectos (folio 147 del tercer cuaderno) .

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 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.