

EL TRABAJO SEXUAL COMO CONDICIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL SIGLO XXI

Stefany Garcia Uribe¹

RESUMEN

Paradójicamente entendiendo que el trabajo sexual es un fenómeno social derivado de factores específicos, que además es uno de los negocios más lucrativos a nivel mundial, y que se desarrolla dentro de un Estado Constitucional, se tiene que hay un déficit normativo teniendo en cuenta los derechos laborales de esta población, quedando desprotegidas y discriminadas no sólo por ellas mismas sino por la sociedad y el gobierno al que pertenecen. Por lo anterior se encuentra la necesidad de emprender correcciones que amparen sus derechos mediante acciones afirmativas y no a través de mecanismos con garantía individual.

ABSTRACT

Paradoxically understanding that the sexual work is a social phenomenon derived from specific factors, which in addition is one of the most lucrative business worldwide, and that it develops inside a Constitutional State, there is had that there is a normative deficit bearing in mind the labor laws of this population, staying unprotected and discriminated not only for them themselves but for the company and the government to which they belong. For the previous thing one finds the need to undertake corrections that protect his rights by means of affirmative actions and not across mechanisms with individual guarantee.

PALABRAS CLAVES

Trabajadoras sexuales, discriminación, derechos fundamentales, acciones afirmativas, política pública.

KEYWORDS

Sexual workers, discrimination, fundamental rights, affirmative actions, public politics.

¹ Egresada del programa de derecho de la universidad santo tomas sede medellin. Correo: stefy-1308@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

En el contexto contemporáneo, la comprensión de los problemas alrededor de las mujeres tienen muchas condiciones dependiendo de las circunstancias contextuales con las cuales se reivindique la implicación ser mujer. En este orden de ideas, toma relevancia realizar un acercamiento alrededor de las mujeres trabajadoras sexuales, quienes desde un rastreo histórico han tenido una posición de inferioridad al momento de considerar su situación social y jurídica.

De esto que al abordar la problemática actual a propósito de la discriminación histórica de las trabajadoras sexuales, podemos observar que la misma es derivada de factores específicos tales como la violencia, la pobreza, la moral social y los límites con la ilegalidad que hacen de este trabajo cada día una brecha más ancha entre la desigualdad y la protección real y material que debería tener.

Por esta razón, la característica principal del objeto de investigación se encuentra inmerso en el hecho de que el poder judicial es quien ha resuelto de manera un poco más cercana el tema de los derechos laborales de la población en mención, sin embargo, se considera que no es sólo ésta rama es la que debe intervenir, por lo que se propone un diseño metodológico sincrético (Dueñas, 2009), el cual tomará como instrumentos de recolección de información documentales, que determinará condiciones de análisis variables que en conjunto todo el poder público se crea la obligación de implementar medios más generales y efectivos, teniendo en cuenta que se trata de derechos fundamentales y por ende exigibles por sí mismos.

Lo anterior, parte por comprender que en el caso colombiano, el análisis tiene una fuente de origen constitucional que emana del texto constitucional, máxima norma del ordenamiento jurídico colombiano, como pilar para las demás, y de la jurisprudencia vigente, que le da el rango constitucional a los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, como fundamentales e inherente a la persona dentro de un sistema constitucional como el nuestro, dando cuenta que en una primera instancia se realizará una aproximación al estudio, desde una construcción de un estado del arte que fundamente los criterios de articulación que se desprenden de los mecanismos de justiciabilidad inherentes a las medidas de discriminación positiva que surjan desde la información.

Puesto que frente a lo antes mencionado, el Estado no les otorga la garantía o medio de defensa efectivo que requieren y toda vez que el fundamento de los DESC se encuentra en la cláusula de igualdad material, la prohibición de discriminación es un punto de partida esencial para su justiciabilidad a nivel nacional y territorial.

1. Del déficit normativo a la caracterización de las trabajadoras sexuales en un Estado constitucional

Actualmente se presenta un déficit normativo, cuando de trabajadoras sexuales se trata, temas como derechos laborales, salud, implementación de leyes y decretos en pro de la igualdad, no son impulsados por el gobierno nacional. Así lo indica (Prensatinta, 2013), al informar sobre los resultados de un estudio realizado por La Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe Hispano (RedTraSex), lo cual permite caracterizar al establecer condiciones equiparables y medibles sobre esta población de mujeres trabajadores sexuales, quienes se corresponden a marcos de interrelación objetiva al coincidir en factores de riesgo y sociales (Butler, 2014), donde demuestra que un factor determinante para la discriminación de esta población es que en todos los países hay distancia entre las legislaciones nacionales y las legislaciones locales, en el sentido de que aunque a nivel nacional el trabajo sexual no sea reconocido, hay leyes locales específicas – sobre todo en las grandes ciudades- que regulan el ejercicio del trabajo sexual, señalando por ejemplo, que dicha labor debe ser realizada en lugares abiertos y a determinadas distancias de establecimientos educativos y religiosos, y más tarde la implementación de

estas normativas a nivel local genera situaciones de violencia, discriminación y controles indebidos hacia estas mujeres, dando cuenta desde las prácticas sociales que las mismas tienen potencialidades frente a la vulneración de sus derechos, que dadas las condiciones requieren una apropiación diferencial y segmentada, puesto que en materia de niños, niñas , adolescentes, lgtbi, deben construirse caracterizaciones diferentes conforme establece la profesora Buttler (2014).

Así, en este orden de ideas el informe referido anteriormente, el cual arroja que el control de enfermedades es utilizado como una nueva estrategia de exclusión, al decir que: “La aplicación de los códigos contravencionales locales o regionales sirve de justificativo para el desarrollo de allanamientos, detenciones, pedidos de identificaciones y persecuciones y que testimonios recogidos dan cuenta de la exigencia de pagos y favores sexuales por parte de las fuerzas de seguridad, hechos relacionados con violencia verbal y física” (Prensatinta, 2013)

Por lo cual ahora bien en cuanto a éstos factores de discriminación que desencadenan la condición de especial protección (Amaya, 2005) , el cual para los efectos de justiciabilidad la corte constitucional colombiana ha desarrollado en palabras del profesor Rodolfo Arango (2014), como una condición de establecimiento de acciones afirmativas que tienen consigo un parámetro de discriminación positivo, estableciendo de las mismas que se deben tener políticas públicas especiales, y normas especiales que se adecuen al contexto determinado, el cual para el caso se refieren al tema de salud y advierte que a estas mujeres se las atiende con base en presupuestos establecidos, considerándose a través del tiempo como un grupo de riesgo para propagar infecciones de transmisión sexual (ITS). Hecho para el cual Colombia no ha sido indiferente, desencadenando un estancamiento en el sistema educativo, falta de acceso de los ciudadanos a la salud, desempleo y violación de los derechos humanos Moreno et al (2018).

De igual, para comprender aspectos de la vida de las trabajadoras sexuales que influyen en la utilización de los servicios de salud y aportar elementos que orienten el direccionamiento y organización en la oferta de los servicios de salud (Amaya, 2005) utilizó el diseño de la teoría fundamentada; empleó el muestro teórico, realizando entrevistas en profundidad, hechas por las investigadoras a 15 mujeres, en sus sitios de trabajo, y a quienes se les

solicitó consentimiento informado oral. Arrojando como resultado: la persistencia de un círculo de pobreza que se repite en las familias de las mujeres participantes del estudio al que se suman condiciones de violencia intrafamiliar y desamor vividas en sus familias de origen.

En el mismo sentido pero como “categorías principales se encontró que el trabajo sexual es reconocido por ellas como un oficio no digno, rechazado socialmente, mal visto ante Dios, por la sociedad y por los servicios de salud; como esta percepción les produce vergüenza, al referirse a él lo hacen con expresiones como «trabajar en eso» (Amaya, 2005)”. Además la valoración de la salud y la enfermedad se da en términos de las posibilidades y repercusiones económicas ligadas a poder ejercer el oficio, y en este sentido por ejemplo, expresa Carolina: «Para mí la salud es un recurso que hay que cuidar». (Amaya, 2005)” Todo esto hace que ellas tengan una mirada interna de discriminación propia, enjuiciamiento, baja autoestima, inseguridad en sí mismas y sentimientos de culpabilidad que llevan a que se vean en situaciones diferentes de las demás personas.

Por lo cual, a pesar de la apreciación que tienen las trabajadoras sexuales respecto a la salud, es de anotar que la Organización Mundial de la Salud (1998) en el año 1948, define la salud como un estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud como consecuencia directa del reconocimiento del derecho a la felicidad de las personas, que es bienestar físico, pero también equilibrio afectivo y emocional, en un medio social saludable que permita adaptarse a cualquier ambiente. En otras palabras, se avanzó al entender la salud no como un concepto “como no enfermedad” hacia otro más general, desde una perspectiva biopsico-social, como una globalidad dinámica (Alcántara Moreno, 2008), dando como elementos estructurales que se hace necesario una protección de los derechos de las trabajadoras sexuales, como una dimensión autónoma de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), en donde más allá de la tutela judicial se requieren políticas públicas de adecuación y justiciabilidad normativa (Roncancio, 2014).

Bajo esta perspectiva, esta situación ha tenido una caracterización del estado de cosas que bajo la perspectiva global ha tenido avances significativos, entre ellos en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994) de Naciones Unidas, se pone

sobre la mesa una visión distinta de la salud reproductiva, una visión que incorpora explícitamente la salud sexual. Ésta se define en la cita de El Cairo como un estado “general de bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos”. En este orden de ideas, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. (CIPD, 1994, párr. 7.2), los cuales en un Estado constitucional aplicado al caso colombiano demandan vía convencionalidad poniendo al estado como un eje de garante frente a las medidas de discriminación positiva quienes están en una situación de riesgo manifiesto, en ese marco la integración de los derechos sociales deben tener una posición de las políticas de gestión pública. Para lo cual debe ser dado por el Pacto Social en donde se da una posición de garante a través de acciones afirmativas como se puede vislumbrar con poblaciones en riesgo como es característico en la jurisprudencia constitucional.

Con lo cual, es importante señalar además que en esta conferencia se reconocieron los derechos sexuales y reproductivos como parte de los Derechos Humanos, los cuales se integran por bloque de constitucional al ordenamiento jurídico Colombia. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y personas, individualmente, a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (CIPD, 1994, párr. 7.3), en donde dadas las condiciones del contexto nacional se debe afrontar el fenómeno como un proceso complejo, dado que los derechos objetos de tutela tiene una especial relevancia como se observará posteriormente.

Adicional a lo anterior, se comparte la postura de (Balears, 2001) en que las personas prostituidas tienen algunas características comunes como la marginación por estigmatización social, viven en constante estado de necesidad y en una ausencia casi total de organización para defender sus derechos. Ellas se encuentran en este estado, ya sea por falta de apoyo, adecuación o desconocimiento de la existencia de redes de servicios establecidas o que estos servicios no tengan la capacidad suficiente de respuesta para

atender las demandas que presenta este colectivo y no contemplen la necesidad de intervención dentro del ámbito preventivo en sentido amplio, en los estudios relativos al contexto colombiano es claro que dadas las dinámicas microeconómicas la prestación de los servicios sexuales se configuran como una brecha de desigualdad, en donde en la mayoría de las ciudades del territorio nacional, las condiciones de pobreza y marginalidad alimentan un mercado frugal que consume a las trabajadoras sexuales sin sopesar su condición constitucional de dignidad humana, dando un punto de enfoque que toma la problemática y parece incrementarla antes que objetivamente abordarla como un asunto de salud pública y por tanto de política pública.

Por otro lado, continuando con las formas de discriminación (Amaya, 2005) hace alusión a que Colombia continúa teniendo una ideología patriarcal y que «la posición religiosa es de total oposición a que las mujeres sean autónomas de su sexualidad». Y para sustentar esta postura, se está de acuerdo con (Tirado Acero, 2011) cuando explica que el trabajo sexual no resulta fácil de abordar debido a la moral social y a los límites que tiene con la ilegalidad. Esta idea se sustenta con base en lo expresado por la Corte Constitucional donde definió el concepto de moral social como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, añadiendo que “entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social” (Sentencia de Constitucionalidad, 2001). Es por ello que derivado de su construcción colectiva y de la discriminación tan marcada que se presenta históricamente hacia la mujer en Colombia, la idea de aceptar una profesión como el trabajo sexual resulta complejo.

Así mismo, la Filosofía jurídica también se inclina a considerar que la moral puede considerarse un “máximo ético” y el derecho un “mínimo ético”. (Kaufmann, 1999) por ejemplo, explica así estos conceptos: *“El derecho se dirige, entonces, a un fin moral. Por tal razón, no puede representar, en absoluto, un obstáculo a la libertad existencial; muy por el contrario, representa, hablando al unísono con Kant, “el impedimento de un obstáculo a la libertad y, en consecuencia, la condición de posibilidad de la misma libertad”.*

Con todo y lo anterior es de anotar que, a través de la historia marcada por la lucha de los grupos minoritarios con el fin de dar prevalencia a sus derechos humanos se han logrado

cambios positivos a su favor, y en el siglo XXI el reconocimiento de los mismos no es la excepción, teniendo en cuenta que la actividad del trabajo sexual es en la actualidad un fenómeno social que no se puede hacer invisible a la evolución.

Precisamente es en la globalización económica donde (Tirado Acero, 2011) encuentra que se ha abierto paso al mercado mundial del sexo. Premisa que comparte el Senado de España en una ponencia sobre la prostitución en ese país que indica que la prostitución ha pasado de ser un negocio de ámbito local a uno de carácter transnacional, un aspecto clave es la vinculación de las mujeres de los países en desarrollo a todo este proceso (Naranjo, 2006).

Desde entonces se identifica que la prostitución es el segundo negocio mundial más lucrativo, tras el tráfico de armas y antes que el tráfico de drogas. Reporta anualmente unas ganancias de entre 5 y 7 billones de dólares y moviliza a unas 4 millones de personas. Las mafias y redes de comercio sexual que mueven mucho dinero y están exentas de toda responsabilidad (social, laboral, fiscal) se benefician de la invisibilidad de esta actividad siendo un paraíso fiscal para los proxenetas (Alter, 2008).

Por lo que se observa como obligación del derecho, intervenir dentro de esta problemática para generar las garantías de los derechos humanos de las personas que ejercen la labor de la prostitución, ya que sin normas que las protejan y regulen no es posible su pleno desarrollo. De modo que los derechos “no pueden quedarse tan sólo en un plano de aspiraciones morales, sino que deben extenderse hasta el plano legal permitiendo garantizar la exigencia del derecho reconocido y su reclamación ante el Estado y sus instituciones como protectores de los derechos ciudadanos” (Tirado Acero, 2011).

Pasando a este ámbito legal, muchos países han implementado diferentes modelos normativos tales como los explica (Tirado Acero, 2011) y (Fernando Rey Martínez, 2004): a) El prohibicionista el cual define que todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual de la persona prostituida, y esta misma, son conductas punibles; seguido del modelo (b) abolicionista que elimina no el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y, por tanto, de regulación normativa; y por último (c) el reglamentista que reconoce la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado frente a los efectos perniciosos relacionados con la salud, la convivencia y las buenas costumbres” p.139

Ahora bien, en el caso colombiano y teniendo como referencia la sentencia T- 626 de 2010 se adopta un híbrido en la aplicación de los modelos, puesto que por un lado se presentan las medidas prohibicionistas, tal es el ejemplo del Código Penal Colombiano donde sanciona las conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual; y por otro lado se encuentran las acciones reglamentarias y abolicionistas inmersas en el Derecho Policivo, el cual pretende proteger los derechos de las trabajadoras sexuales y al mismo tiempo pero de manera contradictoria se impone al Estado el deber de promover su erradicación y rehabilitación a quien se desempeña tal actividad.

A pesar de la discordancia, lo que se pretende es configurar un régimen que propenda por la dignidad, la libertad y la eliminación de cualquier forma de explotación humana y de la mujer. De allí la problemática constante de 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 (Sentencia T- 629, 2010).

Afortunadamente para Colombia después del análisis realizado por la Corte Constitucional y llegada a la solución del caso en concreto, ésta ha plasmado unos principios o, mejor dicho, un punto de partida que permitiría pasar de una mezcla de modelos normativos a un modelo legalista o laboralista, siempre y cuando el legislador consagre y perfeccione la normatividad referente a los aspectos de la prostitución (Tirado Acero, 2011).

Tal conclusión se tiene en cuenta bajo los preceptos de que la prostitución es declarada como una actividad lícita, que se reconocen los elementos esenciales del contrato de trabajo: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio; que se deben tener en cuenta, como lo ha hecho la comunidad internacional, los Derechos Humanos de las personas que ejercen el trabajo sexual, (Bloque de Constitucionalidad); que por ser una actividad económica, el Estado hace presencia permanente en el ejercicio de esta actividad y que la libertad, voluntad, dignidad, igualdad, autonomía e independencia son los derechos que permiten limitar la injerencia del Estado en la esfera física y psicológica de la persona humana, por tal razón esta puede decidir si dispone de su cuerpo como medio para ejercer el trabajo sexual.

2. De lo normativo a la gobernanza para la justiciabilidad de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales

Para abordar el tema normativo a propósito de la protección que tienen las trabajadoras sexuales al momento de desarrollar su actividad, se debe partir conforme a lo expresado por (Jimeno, 2013), de una contextualización nacional, y es por ello que como principal garante de derechos está la Constitución Política; iniciando desde el artículo 13 el cual protege la libertad e igualdad ante la ley; el artículo 16 que imparte el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que el orden público; el artículo 17 el cual prohíbe la esclavitud; el artículo 18 donde se garantiza la libertad de conciencia y nadie será obligado a actuar en contra de ella, el artículo 25 donde el trabajo es visto como derecho, una obligación social y que goza de especial protección del Estado; el artículo 26 que estipula que toda persona es libre de escoger profesión u oficio; el artículo 48 frente al derecho a la seguridad social y el artículo 53 que garantiza unos principios mínimos fundamentales tales como la Igualdad, remuneración, estabilidad, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, primacía de la realidad, favorabilidad, seguridad social, capacitación, descanso necesario, protección a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Adicional a la Carta se encuentra la Ley 100 de 1993 por medio del cual se crea una estructura compuesta por tres subsistemas denominados, en su orden, Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y Sistema General de Riesgos Profesionales según lo explica (Ruiz, 2010); el cual aplica para todas las personas sin ninguna discriminación tal cual lo indica el artículo 2 de la norma en mención. Del mismo modo, continuando con el análisis normativo, se tiene que en agosto de 2013 a iniciativa del Senador de Armando Benedetti Villaneda se presenta proyecto de Ley Ordinaria “Por la cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas a restablecer sus derechos”, el cual fue aprobado por la Comisión Séptima el 27 de noviembre del mismo año (Villaneda, 2013). Sin embargo hasta la fecha no se ha vuelto a mencionar el Proyecto de Ley, no se ha promulgado, ni sancionado, por lo que no produce efecto jurídico alguno.

Por otro lado, teniendo en cuenta la jurisprudencia nacional es menester resaltar algunas sentencias que a lo largo de los años se han referido al tema particular de las trabajadoras sexuales, entre ellas se tiene la sentencia C-555 de 1994, la cual marca la posibilidad de demandar por vía judicial el reconocimiento de una vinculación laboral a través de un contrato de trabajo y el principio de primacía de la realidad sobre las formas. Posteriormente la sentencia T-620 de 1995 analizó que la realidad histórica del país es una en donde no es posible la erradicación de prostitución y que por el contrario es un fenómeno social común a todas las civilizaciones pero que el Estado pretende controlar, trae a colación las llamadas zonas de tolerancia que tienen como propósito evitar que se expanda la actividad económica en sectores residenciales; tema que explicaría más adelante la sentencia SU-476 de 1997.

Dos años después con la T-507 de 1999 el trabajo sexual y la homosexualidad son identificadas como condiciones de personas libres y autónomas y que por tal circunstancia no pueden ser motivo de discriminación. Y por último no se puede dejar de lado la sentencia hito –a la cual ya se hizo referencia-, T – 629 de 2010 donde se establecen para trabajadoras sexuales temas como el salario y las prestaciones sociales en virtud del desarrollo de un contrato de trabajo (Jimeno, 2013).

No obstante lo anterior, y resaltando el avance jurisprudencial en la materia, el Magistrado Fabio Morón Díaz, indica que la Corte Constitucional ha estimado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 2591 de 1991, los fallos de tutela sólo producen efectos *interpartes*, como quiera que la acción de tutela se instituyó como un mecanismo de defensa subjetivo de carácter personal y de contenido concreto, cuyo titular es la persona agravada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien además tiene el deber de iniciarla directamente o por medio de apoderado (Díaz, 1998).

En vista de esa limitante, se tiene que eventualmente las decisiones de tutela pueden llegar a hacerse extensivas en virtud del alcance de la revisión constitucional y que la *ratio decidendi* sí constituye un precedente vinculante para las autoridades. Sin embargo se observa que razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de

“homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (LEGIS, 2017).

Esto significa que la problemática planteada sobre los derechos laborales de las trabajadoras sexuales no se resolverá bajo las dinámicas del poder judicial que si bien en principio tiene efectos *interpartes* y que ocasionalmente pueden extenderse sus efectos *intercomunes* para las personas que puedan verse igualmente afectadas en la decisión, es obligación del Estado en cabeza del poder ejecutivo y legislativo solucionarla, porque son derechos que como ya se observó, se encuentran constitucionalizados, lo que implica que sean exigibles por sí mismos.

Se propone por tanto la implementación de una Política Pública, la cual tiene como objetivo satisfacer una visión de “bien público” lo que hace necesariamente la participación de múltiples actores (Peterson, 2003), generando de tal forma una aplicación directa sobre toda la población afectada. Esa obligatoriedad de interacción se da porque el gobierno, más que ser un ejecutor neto, es un agente coordinador y articulador de la acción colectiva que lleva a cabo la política pública. Por tanto, el rol gubernamental va más allá de la ejecución de las acciones directas de política, pues lo que se requiere es un ajuste de comportamiento de los actores que son esenciales para ver un verdadero cambio en la situación que se considera socialmente relevante (Santander, 2013).

Actualmente en el escenario democrático, entendido como (gobierno «de la multitud» para Platón y «de los más», para Aristóteles (Bobbio, 1978), las personas luchan por ser incluidos dentro de la sociedad y hacer valer sus derechos mediante la toma de decisiones que los afecten exigiendo ser parte de la ejecución e implementación de las políticas y proyectos públicos. Por lo tanto, como lo estipula (Santander, 2013) es obligatorio sustraer el análisis de políticas públicas del cerrado espacio de las oficinas gubernamentales y de la academia, para ponerlo en el escenario de interacción gobierno – sociedad donde toman forma precisamente las políticas públicas.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta que la legitimidad y sostenibilidad de la política se encuentra asegurada en un conjunto de normas constitucionales, leyes y decretos del Estado para promover su articulación con el sistema jurídico, (Gómez, 2012) hecho que se cumple a cabalidad ya que los derechos laborales de las trabajadoras sexuales

se encuentran presentes en las normas antes descritas y que le dan rango de fundamental. A partir de ello la justiciabilidad de la política debe ser indispensable para garantizar su legitimidad, ya que por sí misma es insuficiente para asegurar los resultados que se requieren.

Por consiguiente (SOLARI, ENZO; VIERA, CHRISTIAN; 2015) hablan de que si bien la justiciabilidad de los derechos es limitada, sí es posible; pero que esa limitación se da en la medida en que –como decía Alexy- el legislador (y, agregamos, el administrador) es inoperante, pudiendo así declarar reflexivamente una inconstitucionalidad, aun cuando en tal caso la última palabra institucionalmente hablando habría de seguir siendo del órgano democrático y no del juzgador.

Se pretende en última instancia, lograr que se reconozcan y amparen a través de medios efectivos de justiciabilidad, los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, mediante la implementación de políticas, de cobertura en salud integral, educación, pensiones y seguridad social, tal como existen para el resto de la población económicamente activa, todo en virtud de la calidad de trabajadoras y por ende de la presunción de existencia de un contrato de trabajo que de manera válida es conocido dentro del territorio colombiano, según la Sentencia T-629 de 2010, que arroja además, infinidad de derechos que le son inherentes por el hecho de ser persona.

3. De los derechos sociales y las garantías constitucionales

Cuando nos referimos a los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, específicamente estamos hablando del derecho al trabajo y a la seguridad social que tiene inmersa esta labor. Es por ello que se trae a colación el tema de los derechos sociales, y con ello las diferentes posturas para cuestionar el carácter de fundamental de los mismos, y que según (Salazar, 2013) uno de sus principales argumentos radica en el concepto de derecho subjetivo que se utiliza para determinar precisamente la noción de derecho fundamental.

Dentro de las fundamentaciones de los derechos sociales está como característica esencial, que se tratan de derechos de igualdad, entendiendo que existen grupos de personas más vulneradas y discriminadas que otras, requiriendo de intervenciones en temas de salud,

educación y vivienda por ejemplo, que afectan directamente el desarrollo individual. Así mismo lo expresa (Nogueira, 1997), al decir que es en virtud de la “igual dignidad” común a todos los seres humanos donde radican los derechos humanos o derechos esenciales del sujeto. Adicional a ello, (Salazar, 2013) presupone a la igualdad como aspecto fundamental ya que la ubica por encima de la libertad fáctica y otros conceptos teóricos como la necesidad y la urgencia, ambos vigorizados por el principio de la dignidad humana.

Referente a este principio de igualdad la Corte Constitucional en la sentencia T-291 de 2009 manifiesta que la Constitución la reconoce, además de principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica formula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material, y adicional a ello en la sentencia C-178 de 2014 la Sala recuerda que se encuentra inmerso dentro del Estado Social de Derecho y que de acuerdo con el artículo 13 de la Carta, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

Es por tal motivo que si se quiere predicar de una teoría de derechos fundamentales sin discriminación, se debe sostener que la igualdad irradia tanto los derechos sociales como los derechos y libertades civiles y políticas, en plena concordancia y armonía, y sin ningún criterio jerárquico que permita diferenciar entre unos u otros (Salazar, 2013).

Por otro lado, se tiene que el titular de los derechos sociales corresponde exclusivamente al individuo y no a la comunidad o un grupo homogéneo determinado, Robert Alexy indica por ejemplo que los Derechos Humanos, incluidos los sociales, son derechos subjetivos y que una de sus características es la universalidad entendida como titularidad que radica en

todo ser humano y que sus obligados son todas las personas y organizaciones (Uruburu, 2008). Asimismo lo argumenta (Riveros, 2010) y (Herreño, 2008) al sostener que los derechos sociales no buscan proteger intereses colectivos, sino individuales; y que por técnica legislativa se ha clasificado a la población en determinados grupos colectivos, y que se extrae de igual manera el carácter jurídico de los DESC a partir de su interdependencia con la concepción moderna de derechos humanos y de dignidad humana, tornando inconveniente la idea de separación o división por categorías de los derechos humanos, para entender que son indivisibles y un grupo integral de garantías y derechos.

De otra parte (Abramovich & Courtis, 2004), resaltan la importancia del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual constituye el centro de atención para un estudio de estos derechos y la pretensión de asignarle la posibilidad de exigibilidad jurisdiccional, toda vez que es el instrumento (junto con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) que permite una interacción armoniosa desde la teoría de los derechos humanos.

Ahora bien, luego de tener claro el titular, se debe tener en cuenta que el sujeto pasivo encargado de realizar los deberes derivados de los enunciados normativos que versan sobre los derechos sociales, compete primordialmente al Estado, incluyendo a todos los poderes; y a los particulares en virtud a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales realizando acciones negativas y positivas para dar cumplimiento a lo prescrito por las constituciones que contemplan derechos sociales. Esta es la postura que indica (Salazar, 2013) y que comparte (Arango, 1999) cuando menciona que el Estado está obligado a una prestación positiva a favor de una persona, cuando se cumplen precisas condiciones extra-normativas. Dichas condiciones tienen que ver con motivos de necesidad extrema de la persona, cuya superación exige jurídicamente una intervención estatal para prevenir un daño inminente para aquélla, tal es el caso de las trabajadoras sexuales de Colombia que por no ser reconocidos sus derechos laborales, directamente afectan otros como la vida, la integridad, la vida digna, el libre desarrollo de su personalidad entre otros.

En este sentido, queda claro en las palabras de (Díaz, 2016) que el Estado se encuentra en la obligación no sólo a reconocer o promover derechos sociales, sino también a generar los mecanismos suficientes de respeto y protección de estos derechos, bien sea mediante

acciones positivas o negativas, tendientes a corregir la desigualdad material dentro de la comunidad. Dicho de otra forma y bajo la perspectiva de la igualdad, el propósito central es la protección de grupos tradicionalmente excluidos como las trabajadoras sexuales; protección que en un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención) sentencia (T-291/2009).

De lo anterior es importante resaltar que cuando se habla del Estado como sujeto obligado debe comprenderse que están inmersos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Esto es así en la medida en que únicamente una visión sumamente restrictiva de los derechos delimitaría en forma exclusiva el cumplimiento de las obligaciones jurídicas al poder ejecutivo o al poder judicial en forma singular.

Desde luego entonces cuando se hace referencia al sujeto pasivo u obligado, es indiscutible no precisar el concepto de garantías constitucionales entendido según (Ávila, 2010) como “los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución”. De ahí que los simples derechos plasmados en la constitución no tendrían razón de ser y carecerían de plena eficacia jurídica.

Generalmente a la garantía así entendida se le confunde con los derechos y se une directamente a la acción judicial, por ende la concepción de la garantía se torna restrictiva, pero desde el constitucionalismo contemporáneo, este concepto efectivamente está vinculado al Estado y separada de los derechos, ya que es en la garantía donde toma sentido y fundamento todo el Estado mediante la real protección de ellos. Sin embargo autores como G. Pisarello argumentan que existen garantías institucionales (estatales) y extrainstitucionales (sociales) que son, en último término, las que alimentan, sostienen y legitiman el sistema institucional de garantías (Ávila, 2010).

Con el fin de comprender más fácilmente se puede decir que la Constitución podría ser considerada como un pacto social del cual hacen parte dos aspectos: responsabilidades como la limitación de la libertad cuando alguien viola derechos protegidos penalmente o el

pago de tributos, y obligaciones del Estado, que se manifiestan en la forma de derechos fundamentales. Por ende los derechos y las garantías se encuentran relacionados entre sí y es por eso que las garantías frente a los derechos podrían ubicarse en tres situaciones dentro del sistema jurídico: 1) no hay garantías, pero hay derechos; 2) hay garantías, pero deficientemente diseñadas, y derechos; 3) hay garantías adecuadas para cada derecho (Ávila, 2010).

Dentro de este marco así conceptualizado, podría decirse que la problemática aquí planteada se encuentra dentro de las situaciones 1 y 2 en la medida en que de un lado, los derechos laborales de las trabajadoras sexuales existen pero no hay garantías que arrojen el cabal cumplimiento de los mismos mediante la implementación de Políticas Públicas; y de otro lado las garantías que ya están dentro del sistema, tal es el caso de la tutela, está diseñada simplemente para cumplir efectos *interpartes* abandonando el resto de la población que está en situaciones similares (Díaz, 1998).

CONCLUSIONES

Se puede establecer que el trabajo sexual posee un déficit normativo cuando de los derechos laborales se trata, lo cual desencadena una discriminación marcada no sólo por las mismas trabajadoras sexuales, que son las directamente afectadas, sino por la sociedad y el Estado en general. Aspectos como la moral social, la violencia, el desamor vivido y la pobreza son determinantes a la hora de tomar una decisión laboral como esta, pero son precisamente estos factores los claves para la vinculación de las mujeres a todo este proceso de especial protección.

Por lo anterior, el Estado mediante acciones afirmativas debe proteger los derechos económicos sociales y culturales de esta población, ya que la solución a esta problemática va más allá de un mecanismo como la tutela, sino que se debe transformar en una tarea de políticas públicas de adecuación y justiciabilidad normativa, teniendo en cuenta que el rol gubernamental va de la mano de todas las ramas del poder público, tales como la rama ejecutiva, la legislativa e incluso nuevamente la judicial.

Es así como se pretende convertir los derechos sociales, en los cuales se encuentran inmersos los laborales de las trabajadoras sexuales, en derechos subjetivos, ya que son de carácter fundamental al ser irradiados por la igualdad sin criterio de jerarquía, teniendo un titular: todo ser humano por el hecho de ser persona, un obligado: el Estado en conjunto, y que tiene como objeto de protección: al individuo sin discriminación. Por ende son derechos exigibles por sí mismos y la cuestión de reconocerlos como de categoría especial.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V., y Courtis, (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid.

Armando Benedetti, Villaneda; (2013). *Secretaría del Senado*. Agosto. <http://www.secretariasenado.gov.co/PROYECTOS%20DE%20LEY%20PRESENTADOS%20EN%20NUEVA%20LEGISLATURA%202013%202014/PL%2079-13%20S%20Proyecto%20de%20ley%20prostitucion%20final.pdf>

Alcántara Moreno, Gustavo; (2008). La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, Junio-Sin mes, 93-107.

ALTER Grupo de investigación. (2008). II Plan de Lucha contra la Exclusión Social en Navarra Diagnóstico de la Exclusión social en Navarra. Prostitución y exclusión social . España: Universidad Pública de Navarra.

Amaya, Adalgiza; Canaval, Gladys Eugenia; Viáfara, Elizabeth; (2005). Estigmatización de las trabajadoras sexuales: influencias en la salud. *Colombia Médica*, 36 Sup1julio-septiembre, 65-74.

Arango, R. (1999). La protección nacional e internacional de los Derechos Humanos Sociales. Humbolt, Universidad de Berlín.

Arthur Kaufmann, FILOSOFÍA DEL DERECHO, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 30.

Ávila Santamaría, Ramiro; (2010). LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA ANDINA. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Sin mes, 77-93.

Bobbio, Norberto (1978). Democracia y dictadura, enciclopedia Einaudi.

Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; del 02 de agosto del 2001)

Corte Constitucional, Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, pp. 27 y 28.

Cortes Generales, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, Informe 154/9, aprobada en sesión de la Ponencia del 13 de marzo de 2007.

Dueñas, O. (2007). Lecciones de hermenéutica jurídica. Universidad del rosario. Colombia

Fabio Morón, Díaz; (1998). Auto 051 de 1998. *Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia*.

Fernando Rey Martínez, Ricardo Mata Martín y Noemí Serrano Argüello. *Prostitución y Derecho*. Madrid, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 13-37.

Gómez A., Rubén D.; (2012). Gestión de políticas públicas: aspectos operativos. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Mayo-Agosto, 223-236.

Jaime León Gañán, Ruiz; (2010). Los muertos de la ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del plan obligatorio a la salud del régimen contributivo.

Jairo Santander & Jaime Torres; (2013). Introducción a las políticas públicas. *IEMP*.

Jordán Díaz, T., La Protección de los Derechos Sociales: Modelos Jurisprudenciales Comparados de tutela en España y Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 10, Facultad de Derecho.

Legis; (2017). Aunque fallos de revisión de tutela tengan efectos “interpartes” su “ratio decidendi” es vinculante. *Ámbito jurídico*.

Moreno et al. (2017). Población LGBT como víctimas invisibles en el Conflicto Armado colombiano: Recomendaciones para el posconflicto. En Auditorio Constitucional. Bogota

Nogueira Alcalá, Humberto; (1997). El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. *Ius et Praxis*.

Riveros Pardo, D., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, en Revista Derecho del Estado, Vol. 24, 2010, pp. 29-43

Roncancio, A. (2013). Más allá de la justiciabilidad de los derechos sociales. Nuevo derecho. Vol.9. Nro13. Pp. 79-87

Salazar Pizarro, Sebastián; (2013). Fundamentación y estructura de los derechos sociales. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVIJulio, 69-93

Stephanie Jaramillo, Jimeno; (2013). Derechos y deberes de las trabajadoras sexuales en Colombia. *Universidad ICESI*.

SOLARI, ENZO; VIERA, CHRISTIAN; (2015). JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (A PROPÓSITO DE UNA ARGUMENTACIÓN DE FERNANDO ATRIA). *Estudios Constitucionales*, Julio-Diciembre, 13-56.

Tirado Acero, Misael; (2011). EL DEBATE ENTRE PROSTITUCIÓN Y TRABAJO SEXUAL. Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Enero-Junio, p.40.

Uruburu, Álvaro; (200). Los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales. *Revista IUSTA*.

