

**LA RESPUESTA JUDICIAL AL FENOMENO DEL TRABAJO SEXUAL DE MIGRANTES EN
COLOMBIA**



AUTORAS

**LAURA SINISTERRA GARCÍA
VALENTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA SECCIONAL CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
SANTIAGO DE CALI, VALLE DEL CAUCA**

2020

**LA RESPUESTA JUDICIAL AL FENOMENO DEL TRABAJO SEXUAL DE MIGRANTES EN
COLOMBIA**



**Pontificia Universidad
JAVERIANA**
Cali

AUTORAS

LAURA SINISTERRA GARCÍA

VALENTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ

Presentado para optar al título de: abogada.

DIRECTOR

Ph.D. IVAN LEONARDO MARTÍNEZ.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA SECCIONAL CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
SANTIAGO DE CALI, VALLE DEL CAUCA**

2020

TABLA DE CONTENIDO

1. Resumen/Abstract
2. Introducción
3. Objetivos
 - 3.1 Objetivo general
 - 3.2 Objetivos específicos
4. Metodología de la Investigación
5. Sección primera
 - 5.1 Reglas, principios y observaciones generales regulatorios del trabajo sexual ejercido por personas migrantes como punto de partida
 - 5.2 La prostitución y el libre desarrollo de la personalidad: una aproximación teórica al concepto de libertad en un sistema jurídico constitucionalizado
6. Sección segunda
 - 6.1 Las políticas públicas y el papel del juez en su labor de garantía secundaria: aproximación teórica
 - 6.2 Estudios de la situación jurídica actual de la prostitución ejercida por personas migrantes: aproximación a las garantías primarias y secundarias
7. Sección tercera
 - 7.1 La respuesta del sistema judicial a la situación actual de la prostitución ejercida por personas migrantes en Colombia
8. Conclusiones
9. Referencias

Resumen

Ante el incremento del flujo migratorio hacia el interior del país como consecuencia de la crisis humanitaria en Venezuela, es innegable que nos encontramos frente a un fenómeno social que cambia las dinámicas sociales. En razón a ello, este artículo busca interpretar las políticas públicas existentes sobre la materia, y a partir de esa interpretación, pretende analizar los sentidos que a ellas le ha otorgado el sistema judicial colombiano.

El escrito se desarrolla bajo los supuestos de que el análisis jurídico es teoría y praxis que interpreta la realidad jurídica mediante la actividad judicial, y a través del cambio de sentido de las reglas existentes, a veces inducido por el legislador, a veces sugerido por la praxis internacional, a veces interpretado por el ejecutivo y la administración. Y que la creación permanente de principios orientadores que coadyuvan a la creación de política pública es un quehacer diario de la actividad judicial.

Como consecuencia, el documento busca analizar los sentidos normativos de las

reglas existentes en materia de prostitución ejercida por la población migrante ante el flujo migratorio venezolano, así como interpretar la actividad judicial en materia y finalmente lograr presentar un análisis de las tendencias de política pública en el país.

Abstract

Given the increase in the flow of migrants into the country as a result of the humanitarian crisis in Venezuela, it is undeniable that we are facing a social phenomenon that changes social dynamics. Because of this, this article seeks to interpret the existing public policies on the matter, and from this interpretation, it seeks to analyze the meanings that the Colombian judicial system has granted to them.

This paper develops under the assumptions that legal analysis is theory and praxis that interprets the legal reality through judicial activity, and through the change of meaning of the existing rules, sometimes induced by the legislator, sometimes suggested by international praxis, sometimes interpreted by the executive and the administration. And that

the permanent creation of guiding principles that contribute to the creation of public policy is a daily task of the judicial activity.

As a result, the document seeks to analyze the normative meanings of the existing rules on prostitution exercised by the migrant population in the face of the Venezuelan migratory flow, as well as interpret the judicial activity in this area and finally manage to present an analysis of public policy trends in the country.

Introducción

Desde la perspectiva socio-jurídica la prostitución siempre han sido objeto de debate y ha evolucionado conforme al paso del tiempo. Son diversos los enfoques a través de los cuales se ha abordado el fenómeno del trabajo sexual a lo largo de la historia. Con el inicio del Siglo XXI y la presentación de una nueva Constitución Política, Colombia se institucionalizó como un Estado constitucionalizado, y así mismo, ha adoptado un nuevo enfoque para lidiar con el conflicto social que subyace al fenómeno del trabajo sexual presentando una normativa reglamentista más que prohibicionista. La sentencia T-629 de 2010 consagra que los derechos laborales de toda persona que ejerza labores sexuales, son equivalentes a los derivados de cualquier contrato laboral. Se trata de la implementación de nuevos parámetros legales ante un fenómeno social persistente en la comunidad.

No obstante, una problemática reciente nos presenta nuevas aristas a la regulación de la misma, y es: el tema migratorio. La crisis humanitaria actual en Venezuela, ha dado como resultado una fuerte inmigración de personas del vecino país hacia el interior de Colombia. Como consecuencia, las autoridades públicas han debido implementar medidas para regular el ingreso, permanencia o retorno. Más aún, en lo que refiere a las mujeres trabajadoras sexuales y migrantes, una población de especial protección constitucional, se debe presentar un especial enfoque en las políticas públicas implementadas para garantizar la protección a sus derechos fundamentales. Es precisamente dicho enfoque el principal objetivo a desarrollar en el presente escrito, donde se buscará interpretar las medidas de política pública emprendidas por los jueces en su labor de garantía secundaria.

Objetivos

General: Interpretar las políticas públicas existentes sobre la materia, y a partir de esa interpretación, analizar los sentidos que a ellas le ha otorgado el sistema judicial colombiano.

Específicos:

- i. Interpretar los aspectos relacionados con factores de riesgo, prevención y reglamentación del trabajo sexual migrante.
- ii. Analizar conceptos jurídicos (interpretación teórico-jurídica) asociados con la población objeto de estudio.
- iii. Interpretar las garantías primarias y secundarias frente a la temática propuesta.
- iv. Analizar la respuesta judicial a través de fallos de tutela relativos a la materia.

Metodología de la Investigación

La metodología de investigación para el desarrollo a la pregunta de investigación: ¿Cuáles son los sistemas de garantía asociados al trabajador sexual migrante venezolano en Colombia? Se encuentra fundamentada, principalmente, en el paradigma teórico del Constitucionalismo, entendido como un sistema de garantías bajo el cual la vigencia y validez de una norma serán analizadas tanto por su creación formal como por el respeto de principios y derechos que establezca la Constitución.

Al partir de este paradigma se establece la primacía de una norma superior (Constitución) sobre la cual se sientan las bases para el desarrollo legislativo, ejecutivo y judicial. Siendo esta la base para propender por un orden en la sociedad y así mismo solucionar los problemas que se derivan en ella, se tendrá como punto de partida dicha disposición, ya que es en razón a la misma que se logra dar desarrollo a los ejes de debate conceptual aquí presentados.

Por otro lado, las técnicas de investigación usadas para el análisis y estudio de la situación fáctica presentada serán los siguientes:

- Análisis Bibliográfico.
- Textos jurídicos.
- Bibliografía complementaria.

Reglas, principios y observaciones generales regulatorios del trabajo sexual ejercido por personas migrantes como punto de partida

Como punto de partida del análisis aquí propuesto es necesario dar inicio con la descripción del contexto jurídico (sistema de normas) frente al cual se planea desarrollar en el presente escrito. De esta forma, cabe puntualizar que la regulación en dicha materia, tanto en el plano nacional como internacional es fragmentaria. Por lo tanto, al referirnos a la praxis internacional se hace alusión a las distintas directrices técnicas que la componen, más no se centra de manera específica en una sola autoridad o institución. En razón a ello, haremos mención de las principales instituciones y pactos internacionales que amparan los derechos relativos al tema objeto de estudio, y que servirán como fundamento para la posición crítica del presente escrito. Así pues, la carta de las **Naciones Unidas**, en vigor desde 1945, en la que se incide en los derechos fundamentales del ser humano, así como en la igualdad de derechos de mujeres y hombres. Al ser la mayor organización a nivel mundial, es inevitable no hacer mención a esta institución como una de las principales y más elementales fuentes de regulación, pues en aplicación del artículo 93 constitucional, los tratados y las normas derivadas de estas gozan de jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la **Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)**, de 1979, y su protocolo facultativo, de 1999. Desde su entrada en vigencia Colombia reconoció su competencia, otorgando especial relevancia a sus recomendaciones para la creación, recopilación y organización de políticas

en contra de la violencia de género. Este organismo se encarga de alertar sobre la violencia hacia las mujeres términos señalados en la siguiente observación:

“El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo.”

En cuanto a la materia de estudio, la CEDAW ha proporcionado varias recomendaciones en la implementación de medidas que garanticen los derechos de las mujeres migrantes, entre ellos, que las personas encargadas de tareas de planificación y de la ejecución de programas reciban capacitación sobre cuestiones de género. Así como, que se pongan en marcha programas de microcrédito a fin de mejorar la situación económica de la mujer, programas encaminados a impulsar el ejercicio de los derechos humanos a la salud y la educación entre las mujeres sobre su situación jurídico-social.

En un desarrollo más específico sobre la problemática, la CEDAW en su recomendación general No. 19, dispone en su artículo sexto exige a los Estados adoptar medidas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución. Hace, a su vez, un especial énfasis en la variante socioeconómica, al especificar que la pobreza y el desempleo aumentan las oportunidades para la trata de mujeres, lo cual es incompatible con el correcto desarrollo de la dignidad y los derechos de las mujeres. Asegura, así que “la pobreza y el desempleo también obligan a muchas mujeres, incluso a niñas, a ejercer la prostitución. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia, debido a su condición ilícita, que las marginaliza. Necesitan la protección de la ley contra la violación y la violencia de la misma manera que otras mujeres.” Ahora bien, aunque esta

institución no se opone al ejercicio de las trabajadoras sexuales, si hace un llamado de atención a los países para que implementen medidas que se amolden a las cuestiones que pueden derivar de la prostitución o que dan como consecuencia el ejercicio de la misma, ya que no siempre se constituye bajo la libre disposición de las mujeres.

Asimismo, **las III y IV Conferencias Mundiales sobre las Mujeres**, como foro de discusión técnica sobre la problemática presentada. Su celebración tuvo lugar en Nairobi en el año 1985 y Pekín, en 1995 respectivamente, en donde se consagra la emergencia de la violencia de género y se empieza a reconocer como un problema de carácter internacional, haciéndose lo propio en Viena durante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Con base en los lineamientos ahí planteados, en Colombia se constituyeron importantes políticas públicas en dicha materia, como lo son la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres y del Plan integral para Garantizar una Vida Libre de Violencias.

La Conferencia señala, además, a las mujeres migrantes dentro de la población más propensa a sufrir actos discriminatorios y violentos. Lo anterior, conlleva a que “el miedo a la violencia, incluido el hostigamiento, es un obstáculo constante para la movilidad de la mujer, que limita su acceso a actividades y recursos básicos.” Ello implica la existencia de factores externos ajenos a la voluntad propia de cada mujer que pueden dar como resultado el ejercicio de la prostitución como único medio de supervivencia.

Así también, la **Organización Internacional del Trabajo**, cuyo principal objetivo es garantizar los derechos de los trabajadores a través de la implementación de normas que garanticen el derecho al trabajo, así como la formulación de políticas y programas que promueven el trabajo decente de mujeres y hombres. En específico es preciso mencionar dos convenidos relacionados con la lucha contra el trabajo forzoso como lo son el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio en el seno de la Conferencia General de la OIT de

1930 y el Convenio OIT 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957. Esto debido a que, si bien el ejercicio de la prostitución no está prohibido en Colombia, la trata de personas y el proxenetismo si son cuestiones castigadas penalmente por la normativa interna. Dado que existe cierta correlación entre una y otra, es importante hacer la distinción entre el ejercicio voluntario escogido libremente por los trabajadores sexuales y la intervención ilícita de un tercero que busca obtener beneficios económicos propios a través de la explotación sexual de otro.

De ahí que, al momento de hacer referencia a la voluntad de elección de la población migrante para acceder o ejercer cierta labor, cita una investigación de la OIT en el sur de Europa, en la cual se demostró hasta qué punto los trabajadores migrantes aceptan los empleos que los locales rechazan, y no los que ellos quieren: “Podemos concluir que los migrantes compiten únicamente con sectores marginales de la fuerza laboral nacional [...], cuando no encuentran suficiente respaldo en las disposiciones en materia de bienestar, en sectores concretos [...] o en los sectores menos desarrollados dentro de esos países” (E. Reynieri, 2001).

Finalmente, cabe hacer mención a dos disposiciones de alta relevancia Opinión Consultiva Oc-18/03 de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por los Estados Unidos de México. En ella se contemplan varias preguntas referentes “a precisar la existencia de derechos laborales fundamentales [de los] que deben gozar todos los trabajadores[,] los cuales se encuentran reconocidos internacionalmente en diversos instrumentos[,] y determinar si negar esos derechos a los trabajadores en función de su calidad migratoria significaría otorgar un trato perjudicial, contrario a los principios de igualdad jurídica y de no discriminación”, ante lo cual la Corte Interamericana dispone que los Estados “pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin

embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.”

Las **organizaciones internacionales** como la Organización Mundial de la Salud y ONUSIDA, y **organizaciones no gubernamentales internacionales** como Amnistía Internacional, la Alianza Global contra la Trata de Mujeres, la Red Global de Proyectos de Trabajo Sexual, la Comisión Global sobre VIH y Derecho, las Fundaciones para una Sociedad Abierta y Anti-Slavery International.

Estas organizaciones se han mostrado a favor de la legalización de la prostitución a nivel mundial, al enmarcar a su vez un amplio margen de recomendaciones en busca de obtener mayor atención por parte del Estado en cuanto a políticas reglamentistas¹ que creen normativas en materia laboral, así también se proporcionen garantías relacionadas con el respeto a los derechos humanos, para las mujeres que se desempeñan en este contexto. Por ello, señalan algunos criterios a ser tomados en consideración por las autoridades competentes, esto es:

- “Protegerlos de daño, explotación y coerción.

¹ Políticas reglamentistas hace alusión a la implementación de normativa interna que regule el sistema laboral que cobija a los trabajadores sexuales, contrario a la antigua penalización y castigo del ejercicio de la misma.

- Garantizar que pueden participar en la elaboración de las leyes y políticas que afectan a su vida y su seguridad.
- Garantizar el acceso a la salud y la educación y oportunidades de empleo.”

Ante el panorama normativo planteado, se puede observar que en instancias internacionales se ha asumido con gran importancia los derechos de los y las trabajadoras sexuales, y así mismo se exhorta a las naciones a que implementen medidas que garanticen el respeto por las personas que la ejercen. Sin embargo, en el escenario de la prostitución se presentan un sinnúmero de aristas que hacen de su ejercicio una cuestión de especial protección para cada caso. Así, cuando se trata de la población migrante, es necesario abarcar el tema bajo una perspectiva diferenciada.

La prostitución y el libre desarrollo de la personalidad: una aproximación teórica al concepto de libertad en un sistema jurídico constitucionalizado

En referencia a las condiciones de los migrantes venezolanos, y si estás permiten inferir razonablemente que las mujeres que ejercen la prostitución lo hacen bajo su libre consentimiento, o si, por el contrario, este se deriva de criterios resultantes de ser catalogadas como una población vulnerable, es pertinente interpretarlo desde una perspectiva teórica. Por ello, es imprescindible referir dos conceptos que nos guían a una respuesta: las teorías de la libertad y las teorías del bienestar objetivo.

Para hacer alusión a las teorías de la libertad es necesario partir de los conceptos de libertad según Bobbio, el cual presentó dos significados descriptivos en lo que se refiere a libertad: de tinte liberal, bajo esté el sujeto tiene la posibilidad de realizar o abstenerse de realizar un acto, sin un factor externo que actúe como impedimento. Y la libertad democrática o positiva, consagrada como la capacidad que tiene el individuo de

autorregularse. La primera, la teoría liberal, basa su definición a partir del individuo aislado, mientras que en la teoría democrática se centra en el desarrollo en colectividad. Lo anterior no implica que ambas libertades sean una dicotomía, pues, por el contrario, se complementan, no se excluyen entre sí (Bernal Pulido, 2006). Estas definiciones aportan cierta claridad frente a lo que implica para un individuo el actuar en sociedad, pues si bien existe una libertad que le restringe, también está su contrapeso, que busca mermar el posible arbitrio que domina en las autoridades estatales.

De modo que, frente al análisis de los casos de prostitución ejercida por trabajadoras se podría establecer que es inadecuado el uso de la libertad positiva antes explicado. Esto teniendo en cuenta que, estamos ante una población cuya condición de irregularidad tiende a derivar en escases de recursos económicos por los obstáculos para acceder a la oferta laboral debido a los requisitos legales exigidos. Así lo demuestra un informe de abril de 2020 de Migración Colombia, en donde se establece que del total de 1.788.380 de venezolanos en Colombia, 1.024.836 aún se encuentran en condición de irregularidad.² Es decir, la mujer migrante no hace esta elección porque es libre, cómo se manejaría ante la teoría de libertad positiva, en tanto lo hace porque no puede garantizar sus necesidades universales.

Por otro lado, se precisa entonces, teniendo como base lo descrito por las teorías del bienestar objetivo, las cuales se fundamentan en la existencia de un conjunto limitado de “necesidades universales”, las cuales se presuponen indispensables para el desarrollo de una vida digna de cualquier individuo. Si bien no existe un consenso respecto de la lista taxativa de necesidades, varios autores, tales como Max Neef et al. (1989), Doyal y Gough

² Super User. (2020, June 30). Venezolanos en Colombia corte a 30 de abril de 2020 - Migración Colombia. Migracioncolombia.Gov. Co; Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

(1991), Nussbaum (2000) y Gough (2007) logran listar un conjunto de aspectos esenciales de dicho conjunto. Así, se convierten en un parámetro para establecer qué conlleva el “bien fundamental”, que se encarga de satisfacer los estándares mínimos generalizables, y cuya ausencia supondría la privación de una necesidad humana fundamental, la cual a su vez podría acarrear como consecuencia un daño para el desarrollo de la vida de un individuo en comunidad.

Si bien, los criterios para determinar qué se considera eficiente y adecuado tendrán como variante aspectos como el contexto histórico y social que influyen en la percepción del mismo, el primordial enfoque supone que dichas condiciones suplan efectivamente la necesidad para la cual están destinados. Así, se convierten en un estándar normativo que se asume como punto de referencia para evaluar el bienestar o medir las condiciones de vulnerabilidad. A partir de aquí, se busca verificar si, las acciones puestas en marcha por los jueces, en su labor de garantía secundaria, interpretan la realidad de la prostitución de la población migrante como un ejercicio de libertad o como una consecuencia de la situación de vulnerabilidad que viven. Para ello, no es solo relevante la teoría antes explicada, sino también, contrarrestarlo con la realidad social, bajo un contexto jurídico, procedente tanto del ámbito nacional como de lo dispuesto por el sistema internacional.

Es necesario partir de la base de que existe un incremento en la feminización de la fuerza del trabajo, lo que ha significado una preferencia de la mano de obra femenina para lograr costos más bajos y máxima flexibilidad, lo que evidentemente ha significado condiciones de trabajo frágiles, inestables y precarias (Benería, como se citó en Rojas 2011). Lo anterior es relevante para entender el papel tan trascendental que han tenido las mujeres en el campo laboral, especialmente en contextos migratorios, donde cada vez más son las mujeres quienes se ven en la necesidad de migrar y trabajar.

Esto último no es otra cosa que la feminización de los flujos migratorios a la que antes aludí y que constituye un factor que además de estar articulado con todos los demás, también es resultado de las políticas y dinámicas sociales y económicas de los Estados de origen y recepción. En este contexto, las experiencias migratorias femeninas se diversifican y cada vez más se ven atraídas por las demandas laborales que existen para trabajar como empleadas domésticas o en los servicios sexuales (Parella, como se citó en Rojas, 2011).

Al tratar de dar cuenta de las causas de dichos flujos migratorios feminizados, Parella reconoce la existencia de condiciones en las sociedades de donde provienen las migrantes, que las llevan a tomar la decisión de migrar, pero hace hincapié en que todo esto tiene que ver con el proceso de reestructuración de las economías y de los mercados laborales en las llamadas sociedades del “centro”. Lo anterior ha recaído en una nueva “división internacional de trabajo” en la que la “demanda de trabajadores y trabajadoras altamente cualificados, (...) coexiste con la necesidad de cubrir puestos de trabajo poco cualificados (...) el incremento del sector informal; la flexibilización del empleo, con el consiguiente aumento del mercado de trabajo secundario (...) y la progresiva fragmentación de la fuerza de trabajo a partir del género, la edad y la etnia, mediante mecanismos que impulsan a mujeres jóvenes y a inmigrantes a ocuparse en el mercado secundario” (Parella, 2003:113). Lo anterior deja ver que la necesidad de la inmigración en los países industrializados no sólo se debe al hecho de que la fuerza de trabajo autóctona no quiera o no sea suficiente para cubrir las ocupaciones de bajo estatus, sino que además los y las inmigrantes constituyen una importante estrategia de flexibilización de los mercados laborales (Parella, 2003).

En ese contexto y aunado con los procesos de globalización se da el crecimiento de la industria del sexo, en el que la prostitución constituye uno de los escenarios más lucrativos; no obstante dicho crecimiento se encuentra asociado a por lo menos tres

factores que van a dar mucha relevancia a los flujos migratorios: “por una parte, con los procesos de globalización, en los que los negocios se diversifican y buscan mercados transnacionales para crecer; por otra, con el aumento del consumismo: la creación de necesidades en la población para ser satisfechas dentro del esquema economicista de los sectores solventes; así, los estilos de vida impuestos en el mundo desarrollado acogen necesidades de „ocio” y vacaciones para gran parte de la población que se canalizan hacia lugares de „diversión” y exóticos y en los que se prometen relaciones de intercambio en el ámbito del complejo afectivo-sexual.” (Agustín, 2001), creándose de este modo, el completo auge de la industria del sexo, que genera una demanda particular de servicios sexuales.

Si asociamos esto con esa nueva “división internacional del trabajo” planteada por Sonia Parella, tendremos que una actividad como la prostitución, con frecuencia estigmatizada y de muy bajo status, se configura primordialmente como escenario de inserción laboral para la población migrante, especialmente para las mujeres, sin decir que sean exclusivamente ellas quienes lo hacen. A lo anterior debemos sumar el desarrollo de redes de personas “que facilitan los contactos entre mujeres y empleadores de la industria del sexo. Dichas „redes” tienen niveles informales y de autoayuda, familiares y de amistades” (Agustín, 2001); lo que muestra que no solamente las redes de trata de personas, se encuentran asociadas a los traslados de mujeres para que ejerzan la prostitución en otros países y también que por lo menos a nivel de toma de decisión informada para la migración, no podemos hablar de engaño todas las veces; lo que no quiere decir que no existan experiencias de discriminación y explotación.

El crecimiento de esta esfera ha potenciado el turismo sexual en muchas regiones y dentro de él la prostitución como actividad más visible. Como es bien sabido, son las mujeres las que principalmente se encuentran vinculadas a esta ocupación, revelando la persistencia de una división sexual e internacional del trabajo que las sitúa en sectores

tradicionalmente feminizados y desacreditados. Lo anterior responde de acuerdo con Luz Gabriela Arango, a un tipo específico de segmentación horizontal del trabajo que: “diferencia, aunque de manera raras veces tajante, las áreas de trabajo propias de los hombres y de las mujeres, [y que] va acompañada de una desigualdad flagrante en las remuneraciones y el reconocimiento social atribuidos a unas y otras.” (2004: 4).

Ahora bien, la anterior descripción genera un contexto para comprender qué tan libres son las mujeres que deciden dedicarse al trabajo sexual, teniendo las condiciones socioeconómicas tanto del país que abandonan como del país al que deciden migrar.

Ahora, si bien la migración tiene un impacto positivo en lo que refiere el mejoramiento de las oportunidades y calidad de vida de las migrantes, favorece el empoderamiento y la autonomía económica, social y personal; también es cierto que la prevalencia de las desigualdades por razones de género convierte a los procesos migratorios en una condición de riesgo para las niñas y mujeres, quienes desde el momento que inician el recorrido desde sus hogares de origen hasta los lugares de destino se enfrentan a la desprotección y a múltiples formas de violencia y desigualdad por razones de género; entre estos es posible mencionar: prejuicios, estereotipos, acoso y violencia sexual, prostitución, así como, el secuestro o captación por parte de redes de trata con fines de explotación sexual (Ávila, Pineda, 2019)

Por otro lado, y teniendo una aproximación al entorno en el que la problemática se desarrolla, la respuesta institucional a nivel nacional en Colombia no se ha dirigido específicamente a atender o estudiar a las trabajadoras sexuales migrantes. Los estudios relacionados con la migración y el trabajo sexual se han enfocado a la situación de trata de personas en el país, lo cual, si se aproxima al tema principal de la investigación, sin embargo, no logra abordarlo completamente y de manera central, mientras que, los trabajos

que sólo han abarcado el trabajo sexual no han tenido como eje principal las posiciones de las personas migrantes en este tipo de actividades. En general se han realizado diversos estudios sobre la situación migratoria de los venezolanos en Colombia, pero, hasta donde pudimos establecer, no concretamente en relación al trabajo sexual de las migrantes.

Por consiguiente, la legislación colombiana destinada a regular este tipo de actividades, no fue necesariamente construida teniendo en cuenta los problemas y necesidades que enfrentan las trabajadoras sexuales migrantes. Históricamente las leyes en Colombia han tendido a tener un carácter reglamentista donde se limita el contexto de funcionamiento de este tipo de actividades, estando estas presentes principalmente en el Código Penal y en el Código de Policía.

Así también, es necesario advertir sobre la efectiva garantía de los derechos de la población femenina migrante a través de los mecanismos de protección ciudadana, que actualmente se encuentran dentro del ordenamiento jurídico colombiano que son la acción de tutela y el derecho de petición, destinados a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general o particular, con el objetivo de obtener una información y a proteger derechos fundamentales (artículos 11 al 41 y 44 de la Constitución), cuando estos sean violados o amenazados por una autoridad pública o un particular. Dicha normativa permite que las personas que decidan ejercer esta labor lo puedan hacer libremente, contando con el respaldo estatal, al existir una protección constitucional que los ampara.

Por consiguiente, a través de estas acciones constitucionales, el juez puede evaluar y delimitar políticas públicas en torno al tema en cuestión, ya que es el medio por el cual puede pronunciarse sobre el desarrollo y cumplimiento de las políticas ya existentes, o, por

el contrario, exigir la implementación de medidas que garanticen los derechos de esta población en concreto.

Las políticas públicas y el papel del juez en su labor de garantía secundaria: aproximación teórica

Son varias las etapas que atraviesa el juez cuando se encuentra en el proceso de tomar una decisión judicial, sin embargo, estas tienden a variar de acuerdo a los fundamentos teóricos que utiliza el juez al momento de hacer el sustento jurídico en su decisión. De esta forma, el concepto de Derecho frente al proceso de constitucionalización cambia según la postura doctrinal que se adopte, sin dejar de lado que la forma en que es acogido dicho concepto varía a su vez según lo establecido por cada ordenamiento jurídico. Lo anterior es de suma importancia ya que dependiendo del postulado teórico que se asuma, así mismo varía el desarrollo y sustento del fallo judicial. En sí, el proceso de constitucionalización radica en la creación de Constituciones rígidas, de forma tal que la ley se encuentre supeditada a las disposiciones constitucionales, acudiendo así a nuevos criterios de carácter formal y material.

De ahí que, la referencia realizada por distintos autores en cuanto al proceso de constitucionalización sostiene principalmente dos paradigmas: el positivismo y el neoconstitucionalismo. El primero, centrado en el seguimiento estricto de las normas, desligado totalmente de criterios morales, y el segundo acudiendo como principal y única fuente a los principios derivados de la Constitución, y cuya aplicación es meramente de talla valorativa. Sin embargo, otros autores proponen una tercera posición, el constitucionalismo postpositivista (Atienza, 2017). En esta última postura, no se presenta una separación conceptual entre el Derecho y la moral, ni se limita a una definición donde se asume el

Derecho como un simple conjunto de normas, sino que, de manera sincrética, incluye dentro del mismo una perspectiva del Derecho que, de un lado, reconoce el método analítico y del otro abre la puerta al estudio de la moral razonada, con esto, persigue el cumplimiento de finalidades sociales y de justicia.

No se presenta entonces, una confusión entre el razonamiento jurídico y moral, por el contrario, es asumido como una unidad, donde indiscutiblemente va a tener cabida dentro del razonamiento práctico, la valoración moral de la situación, sin dejar de lado los presupuestos formales jurídicos. Bajo esta concepción se evita recaer en los extremos presentados por las anteriores teorías, y a su vez, ampliar la posibilidad de comprender la complejidad que supone el Derecho en un contexto del Estado constitucional, al ser un modelo no unilateral, es decir, que no actúa como una dicotomía entre lo jurídico y lo moral.

En ese sentido, la constitucionalización del Derecho como base del ordenamiento jurídico tiene como supuesto principalmente “el contenido material e indeterminado, fuerza vinculante, máxima jerarquía y garantía de la Constitución” (Suárez-Manrique, 2014, p.322). Estos elementos sustanciales se concretan cuando existen fundamentos y pautas mínimas que guían el desarrollo legislativo primero y la acción del ejecutivo y judicial después. Lo anterior bajo el entendido de que el contenido constitucional debe ser abstracto para que se posibilite el mayor campo de aplicación posible en el resto del ordenamiento jurídico. De igual forma, la relevancia y supremacía que se le otorga a la Constitución es crucial, y es por ello que esta establece las pautas para el despliegue de labores de las ramas del poder público y claramente de los particulares, y por tanto como consecuencia de la importancia constitucional deben existir garantías de protección para que se cumplan sus disposiciones (Suárez-Manrique, 2014).

Bajo estos supuestos Colombia ha entrado en un proceso de constitucionalización desde 1991, al materializarse paulatinamente las características antes mencionadas. Un aspecto relevante a tener en cuenta es la incorporación de los derechos fundamentales en la Constitución, “la supremacía de la Constitución da prevalencia a los derechos fundamentales, la existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga un plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito para hacerlos valer les da una trascendental garantía” (Suárez-Manrique, 2014, p.329). Por otro lado, es indispensable mencionar el papel de la Corte Constitucional en este proceso debido a que ha podido ampliar la explicación de los principios y reglas que son la base de la constitución ya sea ejerciendo el control de constitucionalidad de las normas tanto a nivel material como formal, así como su desarrollo jurisprudencial al revisar las acciones de tutela, aclarando el alcance de los derechos fundamentales extendiendo su alcance para tener una conceptualización aplicada a casos concretos (Suárez-Manrique, 2014).

Para el caso concreto de este escrito la población de análisis son las personas migrantes, en específico las mujeres migrantes que ejercen la prostitución. Cabe entonces recordar a quienes cobija dicho concepto, y para ello, es pertinente hacer alusión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su Opinión Consultiva OC-18 de 2003 dispuso que el término migrante comprende tanto a la situación del emigrante y del inmigrante. Consecuentemente, el concepto emigrante constituye aquella población que abandona un Estado con el fin de establecerse en otro, mientras que los inmigrantes que se trasladan a otro Estado con la intención de residir en este. El estatus migratorio, dispone la CIDH, trae como resultado así mismo varias situaciones de especial vulnerabilidad, razón por la cual deben ser objeto de una especial protección por parte del Estado receptor.

De ahí que, en lo concerniente al sistema de garantías propuesto para la población migrante, uno de los aspectos teóricos que es necesario englobar, es el de adoptar un

modelo teórico para el concepto de derecho fundamental. Partiendo de los postulados teóricos presentados por Ferrajoli frente a la concepción de derechos fundamentales (Contreras, 2012) se logrará identificar los aspectos críticos que se deben valorar respecto de la problemática presentada, y así enfocar el análisis a la protección o vulneración de los mismo en cuanto a la población objeto de estudio.

Ferrajoli parte de la premisa de que los derechos fundamentales tienen una característica muy propia, ya que son aquellos derechos subjetivos universales e inherentes al ser humano, por lo tanto, no son objeto de compra ni de venta (Contreras, 2012). Sin embargo, esta es solamente una definición estructural, la cual se limita a estipular los criterios que se deben obedecer en orden para establecer si se trata o no de un derecho fundamental, más no hace referencia alguna a cuestiones relativas con los ordenamientos internos acogidos por cada Estado. Así, es indispensable el reconocimiento presentado por parte de un ordenamiento jurídico en concreto al momento de analizar qué se constituye como tal, en especial, es primordial hacer la correspondiente verificación de reconocimiento dentro de la Constitución de dicho país.

Por lo tanto, teniendo como punto de partida la definición formal de Ferrajoli

son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2001, p.19).

Este significado implica, como el mismo autor (2001, pp. 20-21) señala, el reconocimiento de los derechos fundamentales como universales aunque esta característica no sea absoluta, “sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica”, por lo que no es una definición idónea para fundamentar la igualdad jurídica, y de igual forma es una definición que “prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos en él”.

Teniendo en cuenta lo anterior, sobre la base de una democracia constitucional que genera un cambio de la premisa del positivismo clásico en el cual se evalúa la validez de una norma jurídica sólo teniendo en cuenta la forma en que se produjo, al constitucionalismo donde la vigencia y validez de una norma serán analizadas tanto por su creación formal como por el respeto de principios y derechos que establezca la Constitución, es importante establecer la relación que tienen los derechos fundamentales con las garantías ya que estas son las expectativas que derivan de los derechos, y cómo por tanto, es necesario que la legislación se ocupe de reglamentar y proteger ambos, pues la ausencia de garantías genera la inobservancia de derechos (Ferrajoli, 2001).

Se desarrollan entonces dos tipos de derechos fundamentales: derechos de libertad, siendo estas estipulaciones de hacer o no hacer, o los derechos sociales, correspondientes al nacimiento de obligaciones. El primero de estos relativo al comportamiento propio, y el segundo a las expectativas de comportamiento ajeno. Asimismo, en concordancia con lo señalado por la Corte Constitucional, los derechos fundamentales cuentan con dos facetas: una de abstención de donde surge la protección del derecho por parte de una posible transgresión de terceros, y una segunda faceta dirigida a la creación de mecanismos idóneos de protección que garanticen el goce efectivo de dichos derechos. (Cano, 2014).

Entre las diferentes características expuestas por Ferrajoli sobre los derechos fundamentales señala como fundamentales todos aquellos derechos que no se pueden “comprar ni vender”, es decir lo que se entiende como derechos subjetivos que le corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados con la condición de ciudadanos o personas, según la norma jurídica, siendo estos consagrados tanto como expectativas positivas como negativas. Sin embargo, estipula Ferrajoli, estos deben ser sancionados positivamente por el ordenamiento jurídico, de forma tal que gocen de una garantía de protección vigente reconocida por el Estado. Dicha prerrogativa se garantiza por medio de la estipulación como derecho fundamental en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisonal.

Si bien no se trata de una universalidad absoluta, pues se debe orientar según a la clase de sujetos sobre los cuales se predica, siendo esta relativa al reconocimiento normativo del grupo objeto de enfoque, si se trata de un argumento a partir del cual se predica la existencia de derechos fundamentales. Describe además cuatro tesis respecto de los derechos fundamentales basada en la definición propuesta, antes expuesta. En dichas tesis menciona dos conceptos de especial relevancia, una de ellas es el sistema de garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, al partir de la base de que, al tratarse de expectativas de todos, se forma el parámetro de la igualdad jurídica.

Al existir una relación entre los derechos y sus garantías, el autor propone dos términos que se complementan entre sí, garantías primarias relativas a las obligaciones o prohibiciones, y garantías secundarias según las cuales existe la obligación de reparar o sancionar judicialmente las violaciones a las garantías primarias. Un segundo concepto importante corresponde a la antes mencionada, naturaleza supranacional de los derechos fundamentales. Concepto particularmente importante para el presente escrito, dado que parte de la premisa que muchos de estos derechos son otorgados con independencia de la

ciudadanía del sujeto, en especial cuando dichos compromisos son adquiridos por los Estados a través de convenciones internacionales.

Los derechos humanos como característica fundamental del proceso de constitucionalización del derecho son, por tanto, “una nueva perspectiva para concebir y diseñar políticas públicas tendientes al desarrollo humano en el marco de un proceso de concertación entre Estado y sociedad civil” (Jiménez, 2013, p.113). Existe por ende una necesidad de que se materialicen los principios constitucionales, con el fin de que trascienda el reconocimiento formal de derechos a su garantía efectiva, pues es la constitución, como se ha planteado antes, el punto de partida y eje fundamental para la evolución del resto de desarrollo estatal. Bajo esta premisa, la política pública, se presenta como una herramienta adecuada para la implementación de los mandatos constitucionales y legales convirtiendo al juez, en un cierto modo, en un delimitador de política pública.

Limites e interpretaciones de la política pública y el derecho

“En la teoría del derecho como en la teoría política, hay un acuerdo en establecer que la política determina al derecho. Sin embargo, esto no significa que el gobernante o funcionario pueda a discreción cambiar el derecho, puesto que esta es la característica básica del Estado de derecho: una vez establecida la norma jurídica el gobernante debe someterse a ella mientras esta se encuentre vigente. Mientras tanto, el derecho adquiere autonomía e independencia de la política y se convierte en un límite a la actuación de los poderes y autoridades públicas” (Jiménez, 2013, p.116)

Ahora bien, dentro de los límites establecidos para la realización de políticas públicas se establece de manera constitucional, y en la práctica de forma rigurosa, el control de constitucionalidad por parte de la rama judicial. Esta es una garantía de protección a las

disposiciones constitucionales al ejercerse un control sobre las normas de la rama legislativa y ejecutiva.

En sí, la contingencia relativa a las políticas públicas tiene implicaciones en el juego político de diversos actores cuyas ideas van orientadas a brindar soluciones a temas de relevancia pública, razón por la cual no es acertado delimitar el concepto de políticas públicas a las meras actuaciones de funcionarios públicos. En razón a ello, el control judicial, y en específico el control constitucional, sobre las políticas públicas se caracteriza por ser más difuso e indirecto que aquel que se predica del resto de normas jurídicas. Las políticas públicas pueden llegar a tener incidencia en la modificación del derecho cuando se haga conforme al cumplimiento de objetivos políticamente determinados, sin embargo, es primordial remarcar que existen un grupo de derechos y principios con protección reforzada que toda política pública debe reconocer, a menos que haya un cambio en la Constitución y los fundamentos que en ella se establecen. (Jiménez, 2013, p.118).

Conviene destacar, por tanto, la relevancia constitucional del juez, pues es una figura verificación de políticas públicas. Como lo menciona Jiménez (2013) las decisiones y los análisis derivados del control de constitucionalidad muchas veces trascienden la esfera meramente jurídica formal para pasar a tener impacto en aspectos sociales, económicos y políticos.

A la luz de lo analizado y los cambios en el derecho, es que efectivamente hay una judicialización de las políticas públicas en el sentido que como ya se dijo, las políticas públicas no pueden contradecir los principios y derechos fundamentales fijados en la constitución y por otro lado, los fallos judiciales de manera inevitable “salpicarán” a otras esferas más allá de lo estrictamente jurídico, como la economía o la política ya que la

protección y garantía efectiva de los derechos no se agota en el derecho mismo (Jiménez, 2013, p.120).

La trascendencia de la norma jurídica por tanto (y que la diferencia de las demás normas sociales), es su carácter vinculante y obligatorio, a través de ella se debe atravesar la frontera de la estipulación formal para dar espacio a un sistema normativo dinámico, siendo el derecho la herramienta para lograr tal fin, debido a que las políticas públicas se materializan en normas jurídicas como por ejemplo leyes, decretos, resoluciones, tratados internacionales, etc. (Jiménez, 2013), teniendo siempre como punto de referencia la armonía con las disposiciones constitucionales en su estructuración, entendiéndose así el concepto de judicialización de las políticas públicas.

En conclusión, las políticas públicas pueden ser entendidas como programas de acción gubernamental que buscan la concreción de los derechos establecidos en los principios constitucionales, de conformidad con una perspectiva de derechos humanos, y que, desde el punto de vista de la norma jurídica, se legitiman mediante directrices (Jiménez, 2013, p.124).

Ahora bien, para dar conclusión a este recuento teórico, es a partir del análisis teórico del papel del juez en la elaboración de políticas públicas en Colombia que se puede pasar a examinar el funcionamiento de las medidas adoptadas por las entidades judiciales del país, en cuanto a la población objeto de estudio, dentro de los parámetros señalados en el capítulo anterior. Es preciso recordar que las políticas públicas son acciones derivadas para contrarrestar un problema colectivo asumidas por los entes estatales con el fin de dar solución al mismo. Desde la perspectiva de la jurisprudencia, la Corte Constitucional abarca el tema de políticas públicas dentro de dos postulados: 1) Cuando declara un estado de cosas inconstitucional, y 2) Cuando encuentra que a partir de políticas públicas se puede

generar el correcto desarrollo de los derechos. (Cano, 2014). Dichos escenarios pueden confluir en una misma situación, ya que no son excluyentes entre sí. La Corte Constitucional hace un especial énfasis cuando se trata de grupos tradicionalmente discriminados y poblaciones vulnerables, en cuanto a la narrativa jurisprudencial que busca proteger la faceta programática de los derechos que les cobijan. La mencionada obligación se extrae del inciso segundo del artículo 13 constitucional, en el cual se dispone la promoción por parte del Estado de garantizar la igualdad real y efectiva de derechos, aunque la misma suponga adoptar medidas en favor de dichas poblaciones.

[...] el constituyente ha ordenado el diseño de una política pública orientada a lograr su rehabilitación, integración social y procurarles la atención especializada que sus necesidades demanden; política pública que el legislador desarrolló con la expedición de la Ley 361 de 1997 (T-449-08).

Es de principal relevancia señalar, ante lo mencionado, que la Corte Constitucional se pronuncia en temas relativos al ejercicio de políticas públicas solo cuando estas estén relacionadas o ejerzan alguna influencia en lo que según el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce como derechos fundamentales. Es por ello que, en relación con el tema objeto de estudio, es primordial abordarlo desde la consigna de los derechos humanos, más no meramente de los derechos laborales. Lo anterior ya que los diferentes criterios que se podrían consagrar como objeto de protección para esta población en específico son relativos a cuestiones que, según las estipulaciones teóricas mencionadas, se identifican como derechos humanos.

La importancia de todo señalado recae en que, si bien las políticas públicas desde una esfera jurídica suelen hacer referencia a los actos expedidos por la administración, entendida esta como la función ejecutiva del Estado, una de las formas de garantizar su

cumplimiento, ejecución e inclusive creación cuando esta sea pertinente, es mediante la constante y permanente función ejercida por jueces y magistrados. Su labor ratifica que las medidas implementadas como políticas públicas, sean eficaces, imparciales y gocen del carácter de constitucional.

A pesar del tímido alcance asumido por la Corte Constitucional en sus primeros años al abarcar el tema del ejercicio de las políticas públicas, recientemente se ha reforzado un mayor activismo por parte de esta institución en seguimiento con lo dispuesto por la Constitución del 91. Se exige entonces, un mayor control respecto de las posibles deficiencias que se puedan presentar ante el desarrollo de políticas, que puedan resultar en vulneraciones a los derechos de las personas a quienes van enfocadas dichas estipulaciones.

Estudios de la situación jurídica actual de la prostitución ejercida por personas migrantes

A continuación, se hará una breve introducción a algunas de las principales respuestas institucionales frente a la problemática en cuestión, a través de los distintos tratados y convenciones internacionales, esta vez de forma más específica a aquellos ratificados por el ordenamiento jurídico colombiano, En ellos se aborda, bajo temas relativos a la pregunta problema, algunas posibles soluciones que pueden ser usadas para un mejor desarrollo de las medidas gubernamentales adoptadas en la actualidad.

En 1996, la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias nace ante la preocupación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por esta población en específico, sin relacionar otros conceptos relativos

a la situación de migración tales como “refugiados” o “apátridas”. En razón de ello, se delimita su campo de acción para que actúe y obre a favor de todos los trabajadores migrantes y sus familias cuando estas se trasladen fuera de su Estado de origen. El principal objetivo de la Relatoría es estimular a los gobiernos para que presenten garantías a favor del respeto a los derechos humanos de esta población dado que su principal enfoque es la protección de los mismos como consecuencia a su situación de vulnerabilidad en el contexto de movilidad humana.

Con esta relatoría, la Comisión propende por la colaboración de los gobiernos en la implementación de políticas públicas y medidas progresivas que ayuden a cumplir con los fines dispuestos por dicha institución ante la problemática antes descrita. En 2012, la CIDH realizó ciertas modificaciones frente al mandato de la Relatoría, ampliando su ámbito de aplicación ante el sinnúmero de problemáticas provenientes de la movilidad humana en la región, cambiando su nombre a Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes. Con estas nuevas modificaciones, la Relatoría reconoce todos los asuntos concernientes a la migración sea esta, internacional o interna, voluntaria o forzada.

Asimismo, en 1993 las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, acuñando conceptos relativos a la violencia basada en el género, incorporando también conceptos tales como violencia psicológica, sexual y económica, los cuales no eran reconocidos anteriormente. En cuanto al ámbito regional, en 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también conocida como "Convención de Belem Do Para" fue adoptada por la OEA. Esta Convención, en sus veinticinco artículos, representa un soporte jurídico de gran peso ya que identifica las formas de violencia asociadas a la represión histórica ejercida en contra de las mujeres en razón de su sexo. Reconoce la existencia de un sistema de jerarquía y subordinación social de los hombres hacia las mujeres, dando paso así al concepto de

violencia de género, y de esta manera proporcionando los instrumentos legales para que existan garantías por el respeto a los derechos humanos de las mismas, a los cuales quedan sujetos los países que suscriban la Convención. Dichos Estados deben propender por el cumplimiento de lo dispuesto por la Convención, adoptando las medidas necesarias para prevenir, erradicar y sancionar cualquier tipo de violencia hacia las mujeres, dentro de los límites señalados por la legislación interna.

En ese sentido, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949 evalúa los aspectos antes señalados en base en la dignidad humana, el bienestar del individuo, su familia y la comunidad. Este Convenio suscita a los países suscritos a implementar en su normativa las penas y sanciones correspondientes a quien actúe como un intermediario para concertar la prostitución de una persona, así mediar el consentimiento de la misma. De esta manera, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos busca impedir que se sigan presentando los casos de trata de personas, en especial ante la vulnerabilidad existente entre la población que ejerce la prostitución.

El Convenio trae consigo varios lineamientos sobre el proceder de los Estados firmantes cuando un ciudadano infrinja la normativa que prohíbe dichos actos, sean inclusive actos preparativos. Dentro de esos lineamientos, y con arreglo a las leyes nacionales, los países deberán compilar y compartir toda la información pertinente con los casos ocurridos, de forma tal que se puedan implementar de manera propicia nuevas medidas que ayuden a prevenir y sancionar a los infractores señalados en dicha Convención.

En efecto, una de las principales respuestas institucionales frente a la temática es la reciente Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, cuya Resolución fue aprobada en el año 2016. Partiendo de una base moral y humanitaria, busca encontrar soluciones a largo plazo ante los grandes desplazamientos de migrantes y refugiados. Se establecen varios compromisos para con esta población, bajo el respeto de las políticas internas de cada país, en los cuales se manifiestan la protección a los derechos humanos y libertades fundamentales, así como una acogida rápida y digna. Hace un especial hincapié en la población de mayor vulnerabilidad como lo son las minorías étnicas, los menores de edad y las mujeres en estado de riesgo, y que, en virtud del derecho internacional, se deben respetar sus necesidades especiales.

Fomentan, a su vez, procedimientos de control de fronteras según los lineamientos estipulados por el derecho internacional, relativo al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Para el desarrollo de todo lo antes señalado es de vital importancia la cooperación internacional, en especial frente al tema de control de fronteras, sin desconocer el principio de no devolución y por el contrario actuando en virtud de este, de forma tal que las personas no sean devueltas a la zona de frontera. Para ello, se comprometen a brindarle un especial apoyo a los países y comunidades de acogida, tanto en un marco de respuesta eficaz e integral, así como los recursos suficientes para prestar la correcta asistencia según los servicios esenciales que estos requieran.

Un comentario importante a destacar se pronunció en el comunicado de prensa presentado en la inauguración del año judicial interamericano 2020 de la Corte Internacional de Derecho Humanos. Lo anterior debido a que en dicho comunicado al manifestar la posesión formal de la nueva Directiva de la Corte a la jueza Elizabeth Odio Benito como presidenta, anuncia a su vez su inquebrantable compromiso en varias materias de la actualidad latinoamericana, pero destaca en especial "la lucha contra la violencia sexual y

el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que ocupan un papel central en nuestra jurisprudencia". De esta forma, se puede denotar como para la Corte IDH también es de una meta de principal relevancia tener un papel central en el enfoque de género y todas las problemáticas que de éste derivan.

Ahora, en cuanto al contexto histórico nacional, es debido hacer un breve recuento del tratamiento normativo y jurisprudencial acogido por el ordenamiento colombiano y en los cuales se presencian los cambios acoplados que obedecen a la transición de la sociedad en su perspectiva frente al tema. Si nos remontamos históricamente a la época de la colonia y los inicios de la historia republicana, indiscutiblemente esta actividad tuvo como característica propia el rechazo social y moral para con las mujeres que la ejercían. Si bien el actuar del Estado se basaba en el prohibicionismo, al tratarlo como una actividad punitiva, existía a su vez un entendimiento hacia los hombres que acudían a dichos servicios, convirtiendo esta labor en hecho un poco más tolerable con el paso del tiempo. (Daniel & Torres, n.d.)

Para el siglo XX, ante la promesa de una mayor prosperidad económica, muchas mujeres impulsadas por diversas dificultades tales como el desplazamiento forzado, llegan a las principales urbanizaciones a ejercer como trabajadoras sexuales. La ausencia de oportunidades laborales sumada a la explosión de violencia en todo el país por parte de liberales y conservadores, fue un panorama que propició que muchas mujeres, en su mayoría campesinas, optaran por la posible rentabilidad de dicha actividad. (Daniel & Torres, n.d.)

Sin embargo, en la actualidad bajo la ley 599 de 2000, también conocido como el Código Penal Colombiano, el trabajo sexual no es considerado como delito por el ordenamiento jurídico, mientras este se realice de forma libre y consensuada ya que en su

artículo 213 tipifica el delito de inducción a la prostitución. A pesar de que aún no se ha desarrollado un marco jurídico que regule el trabajo sexual, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, exponiendo no solo la legalidad de la actividad sino también las dimensiones laborales que ella implica, así como las distintas correlaciones en que se impacta la sociedad como consecuencia del desarrollo de esta actividad.

Dos momentos jurídicos importantes en esta materia recaen en primer lugar, en la Sentencia T-629 de 2010, en la cual los análisis realizados por la Corte Constitucional en relación al derecho al trabajo, igualdad ante la ley y específicamente ante el derecho laboral colombiano, conllevan a otorgar un mayor reconocimiento a esta actividad económica lícita al proporcionar garantías de protección a los derechos fundamentales de las personas que la ejercen. El otro momento jurídico clave va relacionado con el proyecto de ley 079 presentado en el 2013 por el senador Armando Benedetti, mediante el cual se abre la discusión de reglamentar el ejercicio de la prostitución en Colombia. Con este proyecto de ley se proponía incluir esta labor dentro de ámbitos relativos a la seguridad social, definición en el Plan de Ordenamiento Territorial de zonas donde se pueda ejercer, garantía de todos los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, entre otras.

Ahora, es claro que se trata de una problemática que no solo incluye a nacionales colombianos pues en la actualidad ante la fuerte migración presentada y las complejidades que suponen el estatus migratorio para acceder a las, ya de por si escasas ofertas laborales, mucho ven en la prostitución una opción laboral pertinente y adecuada. Ejemplo de esto fue señalado en el informe “Caracterización de Personas que Realizan Actividades Sexuales Pagadas en Contextos de Prostitución en Bogotá” realizado por la Secretaría Distrital de la Mujer y el Observatorio de Mujeres y Equidad de Género de Bogotá (2017) en donde el 37% de las mujeres entrevistadas que ejercían la prostitución, eran inmigrantes venezolanas. Como consecuencia de la clandestinidad en la que suelen ejercer su trabajo

dado que su condición de migrante irregular los lleva a ceder ante las flexibilizaciones de las ofertas laborales locales, muchas trabajadoras no se encuentran afiliadas a un sistema de salud, de pensiones, con salarios inferiores y superando el límite de horas laborales permitidas según lo establece la ley laboral colombiana.

A pesar de las políticas públicas implementadas para amparar los derechos de esta población en específico, tales como el Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia (RUTEC), creado por el Ministerio de Trabajo a través de la Resolución 4386 en 2018, con el fin de mantener un registro informativo sobre la población inmigrante en el país y así mismo otorgar el apoyo que se requiera según las necesidades presentadas. Así mismo, desde el 2017 se eliminó el visado de trabajo temporal, y se introdujo el “permiso de trabajo” el cual no tiene requisitos especiales y se concede a los tipos de visado: visitante, residente o migrante, según sea el caso. Sin embargo, la imposibilidad para obtener la cédula de extranjería y las políticas migratorias restrictivas suponen no sólo obstáculos extras ante su estado migratorio sino también un estado de mayor vulnerabilidad, bajo los cuales no son suficientes el posible acompañamiento otorgado por ONG's y entes estatales.

La respuesta del sistema judicial a la situación actual de la prostitución ejercida por personas migrantes en Colombia: aproximación a las garantías primarias y secundarias

Ante el panorama planteado y en lo concerniente al mecanismo constitucional por excelencia, destinado a proteger los derechos fundamentales de ciudadanos y extranjeros,

se procederá a realizar un análisis de las revisiones de tutelas realizadas por la Corte Constitucional que guardan relación directa con la protección y garantías para con la población migrante y las trabajadoras sexuales, en los últimos cinco años.

Es importante, igualmente rescatar el trabajo jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional de Colombia se reconocen tres generaciones de sentencias que han reconocido:

- La libertad que tienen las personas de ejercer de manera libre actividades sexuales pagadas en el marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad, aunque de manera regulada.
- El trabajo sexual como una actividad legítima, que se realiza de forma individual u autónoma, pero también a través de establecimientos de comercio; lo que implica una relación laboral y, por ende, derechos y garantías que otorga el derecho laboral a todas las personas que se dedican a una actividad lícita.
- Los derechos a los trabajadores sexuales como la libertad de locomoción, trabajo digno e igual a todos. Lo más importante, fue que desde esta entidad se concluye, desde la institucionalidad, que las condiciones en las que estas personas realizan sus labores las hace sujetos de especial protección constitucional.

Así, una de las providencias con mayor relevancia en relación a la protección de las trabajadoras sexuales es la sentencia de unificación SU-062 de 2019. En ella, se recopilan varios fallos de tutelas revisados por la Corte Constitucional en donde se deja de manifiesto las responsabilidades que tiene el Estado, por mandato constitucional, de brindar una especial protección a esta población. En el ámbito laboral impone dos obligaciones específicamente: promover condiciones de acceso al trabajo y vigilar que dichas relaciones laborales se desarrollen dentro de los parámetros de justicia y dignidad.

La situación fáctica planteada surge con base en la sentencia T-073 de 2017, en la cual la Corte admite la procedencia de la acción de tutela interpuesta por la señora Nelcy Esperanza Delgado Ramírez en contra del municipio de Chinácota alegando la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso al trabajo en condiciones dignas. Lo anterior en razón de la resolución expedida por las autoridades del municipio en el cual se imponía como sanción la suspensión temporal de actividades en el establecimiento, propiedad de la señora Delgado, por ejercer la prostitución en el mismo sin la documentación reglamentaria, al no contar con autorización por parte de la Secretaría de Planeación para su funcionamiento

En un principio, la acción de tutela fue declarada improcedente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinácota, manifestando que no cumplía con el requisito de la subsidiariedad al existir la posibilidad de dar solución al conflicto a través del correspondiente proceso administrativo. Sin embargo, la Corte Constitucional revoca la decisión del juez de instancia en razón al derecho al trabajo en conexidad con el mínimo vital, pues manifiesta que, si bien no cumple con el requisito de subsidiariedad, al existir un proceso administrativo que garantice su derecho al debido proceso, si es pertinente amparar las garantías del accionante por este mecanismo constitucional

En este debate se reviven varias problemáticas relacionadas con los establecimientos de comercio destinados al trabajo sexual en los diversos aspectos que abarca el ejercicio de esta actividad laboral. La Sala anuncia algunos de los principales deberes que recaen sobre los dueños de estos establecimientos, en su calidad de empleadores: "(i) que en el Establecimiento se garantizarán condiciones de dignidad, seguridad, sanidad y salubridad adecuadas para las personas que realizaran trabajos sexuales; (ii) que se garantizara a las trabajadoras todas las prestaciones sociales y laborales, especialmente la afiliación al sistema de salud, pensiones y riesgos laborales, así como el reconocimiento de

prestaciones sociales como cesantías y prima de servicio”. Con esto se empieza a demarcar una situación de protección no solo en el ámbito laboral y de seguridad social, sino también de dignidad humana y seguridad jurídica.

Si bien, posteriormente, mediante el Auto 449 de 2017, se declaró la nulidad de la sentencia T-073 de 2017 por cuestiones relacionadas al desconocimiento de la autonomía municipal en materia de ordenamiento territorial, a la vez que tampoco se encontraron vulneraciones a las garantías del debido proceso de la accionante, en la misma se prescriben disposiciones de suma importancia ante el análisis correspondiente a la vulneración de la libertad laboral y el derecho al mínimo vital de las trabajadoras sexuales. Ahora, aunque se le otorga la razón al municipio de Chinácota bajo los argumentos presentados sobre el ejercicio de la prostitución y su incompatibilidad con el uso del suelo, en cuanto al ejercicio de la actividad de intermediación para la prostitución y los derechos al trabajo, igualdad y libre desarrollo de la personalidad se presentan varias consideraciones de suma importancia en cuanto al reconocimiento de derechos y garantías para con esta población.

Uno de los aportes con mayor relevancia se manifiesta en la aclaración de voto realizada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, en ella se introduce el concepto de feminización de la prostitución, según el cual tanto en el escenario nacional como internacional, la gran mayoría de personas que ejercen la prostitución son mujeres, razón por la cual es de vital importancia reconocer que se trata de una población en condiciones de vulnerabilidad y extrema necesidad quienes están mayormente expuestas a ser concebidas como proveedoras de placer. Junto con dicho concepto se materializan criterios tales como la estigmatización de género, la consciencia social y la libertad de elección, todos pertinentes al análisis jurídico-social de la problemática presentada.

Así también, el salvamento de voto presentado por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas se basa dentro de sus razones para salvar su voto en la jurisprudencia constitucional vigente en materia de prostitución. De esta forma, señala que una de las maneras para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de esta población implica: “(i) la prohibición de discriminación legal –al no regular la materia- y (ii) la prevención de la prostitución, a través de medidas que disminuyan sus efectos nocivos y reglamentando la actividad.” También su preocupación por el ejercicio de la prostitución en contextos complejos de explotación sexual, categoría dentro de la cual recaen las personas en condición de migrante. En razón de lo anterior, el magistrado promulga por incentivar a la adopción de medidas que aseguren el ejercicio de la prostitución en condiciones de seguridad y salubridad para con las trabajadoras sexuales. Siendo este un grupo de especial protección constitucional, asegura que es deber de las autoridades públicas implementar acciones que garanticen el ejercicio del trabajo sexual en condiciones libres, dignas, igualitarias y seguras.

Finalmente, un importante aporte fue hecho por la magistrada Diana Fajardo Rivera en su salvamento parcial de voto, pues en el mismo dispone que en el debate propuesto por la Corte no se profundizó en la protección de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales de dicho municipio. Destacó que la Sala tuvo conocimiento de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban las mujeres, que además entre ellas se encuentran un grupo de mujeres venezolanas, razón por la cual no fallar sobre la problemática de fondo es evadir su deber como garante de derechos fundamentales. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que las trabajadoras sexuales son un grupo tradicionalmente marginado y discriminado en razón de su oficio, y por ello son considerados sujetos de especial protección constitucional. Aún más cuando se trata de población migrante, así lo señala la Corte al manifestar que, “la delicada situación

humanitaria que viven los migrantes en situación irregular, los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional.”

En ese sentido, la Sentencia T-594 de 2016 presenta nuevas consideraciones a favor de las trabajadoras sexuales. En dicho caso, las accionantes demandan la detención arbitraria a la que fueron sometidas por parte de miembros de la policía en la ciudad de Bogotá, mientras esperaban a sus clientes en la vía pública, ante lo cual consideran que su proceder estuvo basado en prácticas discriminatorias con fundamento en prejuicios y estigmas. Aseguran, además, de haber sido víctimas de maltrato tanto físico como verbal por parte de los agentes, actuar que violenta sus derechos a la libertad, la dignidad, el debido proceso, el trabajo y el mínimo vital. Entre sus peticiones no solo piden la correspondiente reparación para con ellas y la sanción disciplinaria para los agentes de policía, sino que también solicitan se vincule al ministerio de trabajo para implementar medidas que ratifiquen la protección hacia las mujeres que ejercen dicha labor, según los lineamientos presentados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-629 de 2010.

A pesar de que, en un inicio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia rechazó la acción por improcedente, las tutelantes impugnaron la decisión, razón por la cual fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional. En ella para dar respuesta al problema jurídico planteado, se aborda cada uno de los derechos vulnerados como marco constitucional aplicable para lograr valorar si realmente la administración actuó conforme a derecho. Así, en lo concerniente al acápite sobre los trabajadores sexuales frente a el derecho a la igualdad y a la dignidad, la Corte expone que son principios transversales a la Constitución Política del 91, las cuales imponen tres obligaciones: la promoción de la igualdad material, la protección especial a las personas que se encuentren

en condiciones de debilidad manifiesta, y finalmente, sanciones a los abusos o maltratos hacia este grupo.

Con lo anterior, podemos denotar que el concepto de igualdad que trae consigo el deber constitucional, supone a su vez varias aristas bajo las cuales también debe brindarse protección jurídica a una población históricamente marginalizada. Así se dispuso en las sentencias T-629 de 2010 y T-736 de 2015 en donde se reconoció a los trabajadores sexuales como un grupo marginado y discriminado, y en razón a ello, se sitúan en una evidente posición de debilidad manifiesta. Como consecuencia, es menester del Estado actuar de forma tal que se sigan los parámetros antes señalados para cumplir a cabalidad con la protección al derecho a la igualdad. Parte de dicho actuar está conformado por impedir que sean las autoridades públicas quienes perpetúen estereotipos negativos que puedan ser usados como fundamento para discriminar o marginalizar a esta población.

De otra parte, esta sentencia es de suma relevancia pues logra hacer una recopilación concisa y pertinente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia. Si bien, no existen muchos precedentes que abarquen este tema, la posición de la Corte en estos últimos años se ha mantenido respecto del deber que tiene el Estado de reducir en lo mayor posible los efectos nocivos que pudiesen derivarse del ejercicio de la prostitución para con las personas que laboran en ello. Así también, se reitera que la omisión legislativa y la ausencia de regulación laboral para los trabajadores sexuales tiene como consecuencia la exclusión de este grupo de sus garantías laborales, lo cual supone una vulneración muy grave a sus derechos fundamentales como trabajadores, que no contribuye a evitar perpetuar la exclusión social y jurídica a la que se ven expuestos.

Por otro lado, a propósito de la valoración jurisprudencial otorgada a la legitimación por activa que tienen los extranjeros para interponer acciones de tutela y de esta forma salvaguardar sus derechos fundamentales, es pertinente hacer mención a la sentencia de

unificación SU-677 de 2017. La tutela de la cual surge la consecuente sentencia, fue promovida por un ciudadano venezolano, en calidad de agente oficioso, contra del Hospital Estigia, pues debido a la situación de migrantes irregulares, se negaron a prestarle los controles y eventual atención del parto a su esposa en estado de embarazo.

La Corte para dar respuesta al problema jurídico presentado respecto de si el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la peticionaria, expone argumentos en pro de abordar el debate sobre la protección de los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria como consecuencia de la migración masiva desde Venezuela hacia el interior del país, en los últimos años. Así, manifiesta que el análisis en esta materia debe estar basado en el criterio de solidaridad y respeto por los derechos humanos, tal como se estipula en la sentencia T-215 de 1996, a través del artículo 100 Constitucional se garantiza que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad en materia de derechos civiles y asegura la protección jurídica de las garantías constitucionales.

En ese sentido, y en virtud de los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016, el cual se encarga de reglamentar las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todos los ciudadanos residentes en el país, sean extranjeros o nacionales, deben contar con el correspondiente documento de identidad para poder afiliarse y así acceder a los servicios de salud. La problemática recae cuando un extranjero se encuentra en situación irregular en el territorio colombiano, pues no cuenta con la documentación respectiva para realizar la correcta afiliación. No obstante, la Corte reconoce que existe un carácter prevalente relativo a la protección del derecho a la vida, y por tanto es deber de las autoridades públicas y privadas propugnar por su defensa.

En efecto, en razón de la situación de crisis humanitaria originada por la migración masiva el gobierno ha implementado desde 2015 medidas para evitar la desprotección de

esta población, específicamente en materia de la prestación de los servicios de la salud. Desde ajustes presupuestales para garantizar la prestación del servicio en casos de urgencias de nacionales, hasta fortalecer la obligación de las entidades territoriales a través de las instituciones prestadoras de salud, son algunas de las medidas propuestas para solventar la crisis.

En consecuencia, la Corte termina fallando a favor de los tutelantes en la medida en que reitera las reglas jurisprudenciales ya sentadas como precedente, en donde se señala que:

“(i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física.”

Lo anterior indica que, si bien hay unas formalidades establecidas en pro de mantener un correcto orden para con las personas que emigran de su país hacia el interior del territorio colombiano, siempre primará la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es decir, ninguna entidad pública o privada puede basarse en la situación irregular de un extranjero para violentar o incluso, evitar garantizar, la debida protección de sus derechos. Con ello concluimos que, existe una especial protección constitucional tanto a la población migrante, como a las personas que ejercen como trabajadores sexuales,

razón por la cual estamos frente a un grupo con una condición de doble de vulnerabilidad, y cuyo acceso a la justicia no puede ser denegado bajo ningún pretexto.

Conclusiones

Conforme a la información investigada y analizada, vale la pena destacar algunos puntos en concreto. Inicialmente, con base en la jurisprudencia recopilada, se logra evidenciar que el objetivo en toda decisión judicial en asuntos relativos al trabajo sexual migrante, parten de un criterio muy cercano a la realidad socio-económica del país. Es decir, los jueces al fallar no apelan al concepto de libertad positiva, según el cual existe una plena libertad de decisión al obrar, por el contrario, son conscientes que, en su gran mayoría, la razón de ejercer estas labores está orientada por la ausencia de posibilidades para garantizar sus necesidades universales. Dicho aspecto es de especial relevancia, ya que es a partir del mismo que se logra establecer que esta población requiere una especial atención por parte del Estado, al ser susceptible de muchos factores, sociales como económicos, que pueden colocarles en un estado de vulnerabilidad aun mayor, razón por la cual constituyen una cuestión de relevancia constitucional

Asimismo, habría que resaltar también el cambio paulatino pero constante en las decisiones judiciales, derivado a partir de la Sentencia T-629 de 2010. En efecto, posterior al fallo del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez hubo un cambio de paradigma en la jurisprudencia, donde se empezó a amparar los derechos de las personas que ejercen labores sexuales con todas las prestaciones y garantías que derivan de cualquier contrato laboral, así como una especial protección a los derechos fundamentales como la igualdad de trato ante la ley, la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, entre otros.

Sin embargo, es importante señalar que hasta ese momento la discusión frente al tema era prácticamente nula, en comparación con otros países de la región. De manera puntual, si bien la política interna tiene una fuerza vinculante en el análisis de los jueces, ante la escases de la misma en este tema en concreto, el aparato judicial ha tenido que acudir a instancias como la literatura científica internacional sobre prostitución para dar respuesta a la problemática presente. Tal es el caso de la Sentencia T-629 de 2010 en donde el magistrado basa su ponencia en la revisión de derecho comparado, derecho internacional e incluso derecho europeo para ratificar su decisión (Miguel & Olivar, n.d.). De aquí podemos afirmar que en el actual ejercicio judicial se siguen los criterios reglamentistas adoptados por las normativas internacionales, lo cual implica mayor protección y abolición de sanciones a los trabajadores sexuales.

Consideremos ahora, bajo los planteamientos propuestos, si el tratamiento reglamentista, adoptado por la Corte Constitucional, es el método más efectivo para atender la situación de mujeres migrantes que ejercen la prostitución. En contraste con la posición anterior a la Constitución de 1991, en donde todas las políticas implementadas eran de tipo prohibicionista, es decir, se castigaba el ejercicio de la prostitución, podríamos decir que nos encontramos ante un hito histórico en esta materia. Dichas políticas no solo no funcionaban, dejando desamparados a los trabajadores sexuales, sino que tampoco daban una solución concreta a la problemática pues la demanda de este servicio se mantenía a pesar de las sanciones penales impuestas por el Estado.

Dicho lo anterior, encontramos que son mucho más efectivas las políticas dirigidas a salvaguardar los derechos de esta población, ya que como se han dispuesto en pronunciamientos judiciales anteriores, no es válido argumentar sobre la moral y las buenas costumbres contra los derechos inherentes a la persona, pues estos últimos siempre prevalecerán. No obstante, es menester del Estado mediar para que las condiciones en que

se ejerzan estas labores sean bajo el libre consentimiento de los trabajadores sexuales, y con el seguimiento de las imposiciones que el derecho laboral y la Constitución señalan.

Hay que mencionar, además, atendiendo a la investigación realizada, que las políticas públicas ejecutadas en los últimos años son escasas ante la magnitud que la situación amerita. Ante el considerable número de personas migrantes que ejercen la prostitución en Colombia, es pertinente que esta población cuente con el respaldo del Estado, y ello incluye el conocimiento sobre cómo proceder y tutelar sus derechos. Es evidente que existe una mora en la rama legislativa y ejecutiva para intervenir sobre la materia, pues hasta el momento ha sido el aparato judicial el encargado de garantizar y exhortar a las entidades públicas y privadas a que respeten y regulen, de ser necesario, el ejercicio de esta labor.

De igual modo, aunque las decisiones de tutela que regulan específicamente la situación de esta población son relativamente nulas, según logramos determinar, esto no puede derivarse en una responsabilidad exclusiva del órgano judicial. Hay varios factores que obstaculizan el acceso a la justicia para esta población, entre tantos, cabe mencionar, la ausencia de información concreta que permita dar conocimiento sobre cómo debe proseguir para amparar sus derechos. Lo segundo es que, a pesar de las acciones constitucionales presentes, estas medidas se quedan cortas ante la larga línea de litigio que puede derivarse en el contexto planteado. Finalmente, es indispensable señalar que el factor económico es uno de los aspectos con mayor relevancia en el caso presente, razón por la cual encontramos necesario que se implementen medidas que contrarresten este criterio como un obstáculo para acceder a la jurisdicción, o incluso a una mera asesoría jurídica.

En definitiva, las perspectivas normativas que representan la libertad como ausencia de impedimento (Hobbes, Locke) junto a aquella que representa la libertad como capacidad

de autorregulación del sujeto en comunidad (Rousseau, soportada en parte por Bobbio), en el caso de la persona migrante que ejerce la prostitución en condiciones de pobreza extrema, no operan, no son practicables, no pueden ser observadas como mecanismo que ilustra la actividad del individuo. Algunos jueces ya lo han notado. Se hace necesario observar la libertad desde la perspectiva presentada por Nussbaum, Sen y otros, en donde el sujeto es tal, en tanto posea condiciones universales mínimas de subsistencia sin las cuales sus decisiones estarán determinadas no por la voluntad intrínseca del sujeto libre sino por la necesidad de suplir sus necesidades mínimas insatisfechas. En otras palabras, dispone de su dignidad para sobrevivir. Una condición que no puede tolerar una sociedad constitucionalizada.

Referencias

Atienza, M. (2017). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL, 2(3), 59-102.

Bernal Pulido, C. (2006). *El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio*. Revista De Economía Institucional, 8(14), 55-75.

Cano, L. F. (2014). *La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Papel Político, 19(2). pp. 435-458.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ONU. A/54/38, párrs. 367-368, 397-400

Contreras, S. (2012). *Ferrajoli y los Derechos Fundamentales*. Revista De La Inquisición (Intolerancia Y Derechos Humanos), 16, 121-145.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-629/10. Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-736/15. Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-594/16. Magistrada Sustanciadora, Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU677/17. Magistrada sustanciadora, Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU062/19. Magistrado Ponente, Carlos Bernal Pulido.

Corte Interamericana De Derechos Humanos (2003). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Daniel, S., & Torres, B. (n.d.). Tratamiento normativo y jurisprudencial del trabajo sexual en Colombia frente al condicionante histórico-social de vulneración de derechos. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16065/1/Tratamiento%20normativo%20y%20jurisprudencial%20del%20trabajo%20sexual%20en%20Colombia.pdf>

de Cabo, A., & Pisarello, G. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli* (pp. 19-56). Madrid: Editorial Trotta.

E. Reynieri, *Migrantes en situación de empleo irregular en los países mediterráneos de la Unión Europea* (en inglés), OIT, 2001, pág. 57.

Jiménez Benítez, W. (2015). *Políticas Públicas, Normas Jurídicas Y Papel De Los Jueces*. Revista Republicana, (14).

Miguel, J., & Olivar, N. (n.d.). Trabajo sexual: entre derechos laborales y condenas morales... o el liberalismo en conserva. Comentario sobre la Sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. Retrieved December 11, 2020, from <https://www.womenslinkworldwide.org/files/1278/trabajo-sexual-entre-derechos-laborales-y-condenas-morales-o-el-liberalismo-en-conserva-comentario-sobre-la-sentencia-t-629-de-2010-de-la-corte-constitucional-de-colombia.pdf>

Marco Legal en Colombia. (n.d.). http://www.espaciosdemujer.org/wp-content/uploads/Prostitucio%CC%81n_Marco-legal-en-Colombia.pdf

OHCHR | *Draft general recommendation on trafficking of women and girls in the context of global migration.* (2019). Ohchr.org.
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/GRTrafficking.aspx>

Pineda, E. y Ávila, K. (2019, 3 de julio). Aproximaciones a la migración colombo-venezolana: Desigualdad, Prejuicio y Vulnerabilidad. *Clivatge*. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/clivatge/article/view/28596>

Rojas, D. (2011). *“Colombia no sólo exporta café, también exporta putas”: Migración internacional y trabajo sexual* (tesis de maestría). Recuperado de <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/8579>

Ruiz Rivera, N. (2012). La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo. *Investigaciones geográficas*, (77), 63-74. Recuperado en 28 de noviembre de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-46112012000100006&lng=es&tlng=es.

Secretaría Distrital de la Mujer. (2020). Sdmujer.Gov.Co. <http://www.sdmujer.gov.co/>

Suárez Manrique, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 63(129), 317-351.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoi>

Super User. (2020, June 30). Venezolanos en Colombia corte a 30 de abril de 2020 - Migración Colombia. [Migracioncolombia.Gov. Co](https://www.migracioncolombia.gov.co); Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

