

Sentencia SU062/19

EJERCICIO DE ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION PARA LA PROSTITUCION Y DERECHOS AL TRABAJO E IGUALDAD-Caso en que autoridad municipal cerró establecimiento en el que se prestaban servicios sexuales

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN MATERIA POLICIVA-Contenido

En materia policiva, las garantías del debido proceso son tan variadas como los fenómenos que les dan origen. Con todo, desde una perspectiva genérica, la Corte Constitucional ha considerado que deben respetarse las siguientes garantías en su sustanciación: (i) a conocer el inicio de la actuación, (ii) a que el procedimiento se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (iii) a ser oído durante el trámite; (iv) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; (v) a presentar y controvertir pruebas; (vi) a impugnar la decisión que adopte la Administración; (vii) a que las decisiones se notifiquen en debida forma; (viii) a que no se presenten dilaciones injustificadas y (ix) a que las decisiones sean motivadas en debida forma

TRABAJO-Mandato constitucional de brindar protección especial implica responsabilidades para el Estado

Para la Corte, el mandato constitucional de protección impone dos tipos de obligaciones al Estado: de una parte, la de promover condiciones de acceso al trabajo y, de la otra, la de vigilar que las relaciones de trabajo se desarrollen en condiciones de dignidad y justicia, especialmente cuando las mismas se desarrollan en escenarios de subordinación y dependencia y, en general, en todos aquellos casos en los que el trabajador sea considerado una “parte débil”

TRABAJO-Protección especial a otras modalidades

La protección constitucional también se predica de otras modalidades de trabajo: (i) miembros de cooperativas de productores; (ii) trabajadores familiares auxiliares; (iii) trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo; y (iv) empleadores. En el caso de los empleadores, resulta importante distinguir entre el

empleador que satisface una necesidad propia sin perseguir ánimo de lucro (es el caso de quien contrata una persona para ejecutar actividades domésticas); el empleador independiente que contrata a una o varias personas para cumplir con las obligaciones a las que se ha comprometido; y, por último, el empleador que genera trabajo en el marco de la libertad de empresa

LIBERTAD DE EMPRESA-Limitación legislativa en relación con la actividad de la prostitución

ACTIVIDAD COMERCIAL DE CASAS DE PROSTITUCION FRENTE A LA DESTINACION DEL SUELO-Normas que establecen prohibiciones e incompatibilidades con el uso del suelo

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Competencia para determinar el uso del suelo y el esquema de ordenamiento territorial

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN MATERIA POLICIVA-No se vulneró dado que las actuaciones administrativas se llevaron a cabo en debida forma

DERECHOS AL TRABAJO, IGUALDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-No vulneración, por cuanto cierre de establecimiento, obedeció a incompatibilidad de uso del suelo con la actividad de servicios sexuales

Referencia: T-5.872.661

Acción de tutela interpuesta por NELCY ESPERANZA DELGADO RAMÍREZ en contra del municipio de CHINÁCOTA (Norte de Santander) y la INSPECCIÓN DE POLICÍA DE CHINÁCOTA.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y de conformidad con lo dispuesto en el Auto 449 de agosto 30 de 2017, que declaró la nulidad de la sentencia

T-073 de 2017, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el 26 de julio de 2016 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinácota (única instancia), que declaró improcedente la acción de tutela promovida por Nelcy Esperanza Delgado Ramírez en contra del municipio de Chinácota (Norte de Santander) y la Inspección de Policía de dicha entidad territorial.

El expediente[1] de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 25 de noviembre de 2016, proferido por la Sala de Selección número Once[2].

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

1. Nelcy Esperanza Delgado Ramírez nació el 29 de marzo de 1962. En el momento de presentación de la acción de tutela tenía 54 años. Según afirmó en la demanda, es víctima del conflicto armado[3] y tiene a su cargo a la menor María Fernanda Hernández Corona, de quien es su abuela materna. Esto último debido a que el padre de la niña[4] fue asesinado a finales del mes de diciembre del año 2009[5].

2. La accionante asegura ser la propietaria del establecimiento de comercio “Taberna Barlovento Chinácota” (desde ahora el Establecimiento), también conocido como “El viejo” (este último correspondía a su nombre anterior), ubicado en el municipio de Chinácota[6]. El Establecimiento estaba situado a 105 metros de una institución educativa[7] y, adicionalmente, en una zona cuyo uso principal era vivienda unifamiliar y multifamiliar[8]. En el local comercial se vendían bebidas alcohólicas[9] y 15 mujeres mayores de edad ejercían actividades de prostitución.

3. El 1º de agosto de 2015 agentes de la Policía del municipio de Chinácota impusieron orden de comparendo al “administrador del establecimiento Bar el Viejo [se refiere a la accionante]”[10], “por ejercer la prostitución en el establecimiento sin la documentación reglamentaria”[11]. En dicha actuación se conminó, igualmente, a la señora Delgado Ramírez para que se presentara ante la Inspección de Policía el día 3 del mismo mes y año.

4. Las pruebas del expediente no dan cuenta de que la accionante hubiere comparecido a la Inspección de Policía el día en que fue citada[12]. Sin embargo, sí demuestran que el 25 de noviembre del 2015 presentó escrito ante el Inspector de Policía de Chinácota[13], al parecer, “aportando la documentación que poseía a la fecha respecto de dicho establecimiento”[14].

5. El 15 de diciembre del año 2015, mediante el Oficio No. 240.01.2015.423, el Inspector de Policía de Chinácota informó a la señora Delgado Ramírez, de un lado, que “presentar un oficio adjuntando cámara de comercio no le da la legalidad que debe tener todo establecimiento comercial”[15] y, del otro, que el permiso de funcionamiento debía exigirlo a la Secretaría de Planeación del municipio. Además, se le exigió a la accionante aportar la siguiente documentación, de tal forma que el Establecimiento pudiera funcionar:

“- Certificado de uso de suelos

- Acta de inspección sanitaria de salud pública departamental

- Certificación de seguridad expedida por Bomberos

- Escrituras públicas y/o contrato de arrendamiento del local

- Registro en [S]ayco y [A]simpro

- RUT

- Estampilla de previsión social municipal

- Certificado de Distancia solo para droguerías y expendio de licores”[16]

6. El 19 de diciembre de 2015 la Inspección de Policía de Chinácota llevó a cabo un operativo en el Establecimiento, con el fin de verificar la documentación correspondiente. Teniendo en cuenta que no se aportaron todos los documentos exigidos, el Inspector de Policía otorgó a la actora “30 días para que se expid[iera] el permiso de funcionamiento en [la] Sec[retaría] de Planeación”[17].

7. Mediante el Oficio No. 240-04-2016-053 del 4 de febrero de 2016[18], la Inspección de Policía de Chinácota le solicitó a la Secretaría de Planeación del municipio que le informara

si el Establecimiento contaba “con el respectivo permiso para el funcionamiento”[19]. El Inspector, igualmente, solicitó autorización para “proced[er] con la suspensión temporal de actividades de acuerdo a la Ley 232 de 1995”[20], hasta tanto se aportara la documentación exigida.

8. La Secretaría de Planeación del municipio de Chinácota, por medio del Oficio No. 220.01.01-037 del 5 de febrero de 2016[21], respondió la solicitud del Inspector de Policía. Le informó, primero, que el Establecimiento no tenía licencia de funcionamiento y, segundo, que “la [accionante] posee licencia de funcionamiento para fuente de soda [C]uatro [E]squinas ubicada en la carrera 6 No. 2-02 [en el] Barrio el Carmen”[22], esto es, para un establecimiento diferente.

9. Por medio de la Resolución No. 2016-009 del 5 de febrero de 2016[23], el Inspector de Policía de Chinácota ordenó la suspensión temporal de actividades del Establecimiento y, en consecuencia, dispuso que se colocaran los “letreros de sellado” hasta tanto la actora presentara los documentos correspondientes[24].

10. El 23 de febrero de 2016 la accionante, por intermedio de apoderado judicial, presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación en contra de dicha resolución. Argumentó que el Establecimiento funcionaba desde hacía más de 80 años y, por ende, que no se le podía exigir licencia o permiso de funcionamiento. En su criterio, “basta con solo comunicar a la respectiva oficina de planeación”[25] para tener como acreditado el requisito del permiso.

11. El señor Carlos Alberto Toro Muñoz, quien hasta ese momento ejercía las funciones de Inspector de Policía, profirió el Auto No. 2016-18 del 25 de febrero de 2016, en el que se declaró impedido para seguir conociendo del proceso policivo.

12. Luego de que le fue aceptado el impedimento[26], mediante el Auto No. 241 del 12 de abril de 2016[27], el Inspector de Policía ad hoc resolvió de manera negativa el recurso de reposición[28], confirmó la suspensión temporal de actividades del Establecimiento[29] y concedió para ante la alcaldesa del municipio el recurso de apelación.

13. Mediante la Resolución No. 175 del 13 de junio de 2016[30], la alcaldesa de Chinácota resolvió de manera negativa el recurso de alzada. Argumentó que el Establecimiento “no

cuenta con autorización por parte de la Secretaría de Planeación para su funcionamiento”[31] y, además, que “el simple hecho de la comunicación de la puesta en funcionamiento, no le concede permiso para operar[32]. La decisión se fundamentó, también, en que: (i) el sector en el que funcionaba el Establecimiento se encontraba ubicado en una “zona residencial central”; (ii) también se ubicaba “muy cercano” a una institución educativa; y (iii) dentro del trámite administrativo, se “allegaron varias quejas suscritas por vecinos del lugar, quienes denuncian que este establecimiento de comercio es un prostíbulo y de los desórdenes que se presentan por el expendio de bebidas embriagantes”[33].

14. Por medio de aviso del 28 de junio de 2016[34], se notificó la decisión a la accionante.

2. Pretensiones

15. En ejercicio de la acción de tutela, el 11 de julio del año 2016[35], Nelcy Esperanza Delgado Ramírez demandó al municipio de Chinácota por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso al trabajo en condiciones dignas.

16. Pretendió que se dejaran sin efectos los actos administrativos por medio de los cuales se había ordenado la suspensión temporal de actividades del Establecimiento y que se le ordenara al municipio, por un lado, “concert[ar] un plan de reubicación, que [...] asegure efectivamente la continuidad de [la] actividad comercial”[36] y, por el otro, que en el plan de desarrollo municipal se incluyeran políticas públicas orientadas a generar oportunidades laborales alternativas para las trabajadoras sexuales, así como capacitaciones relativas a la protección de sus derechos fundamentales.

17. En criterio de la tutelante, las decisiones adoptadas por el municipio de Chinácota y por la Inspección de Policía,

“desconoc[en] el derecho a la igualdad y rompieron con el principio de confianza legítima de la [accionante] y, por tanto de las trabajadoras sexuales que laboraban en [el] establecimiento de comercio, al no haber provisto medidas para asegurar la continuidad del ejercicio de la actividad económica y del trabajo en condiciones dignas [sic], tras su

sellamiento arbitrario”[37].

18. La señora Delgado Ramírez pidió tener en cuenta que las trabajadoras sexuales del Establecimiento, en su criterio, merecían una especial protección constitucional porque se trataba de un grupo de personas tradicionalmente marginadas y discriminadas, en razón de la actividad que ejercían y de los estereotipos negativos que, dijo, las invisibilizaban y excluían socialmente.

19. Por otro lado, puso de presente que no “se ha aprobado el nuevo EOT ni con la expedición de un acuerdo municipal o acto administrativo donde se reglamente el ejercicio de la prostitución o por lo menos, si existe, no se ha socializado con los directamente implicados”[38].

3. Respuesta de la entidad accionada

20. Mediante auto del 11 de julio del año 2016, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinácota admitió la demanda y dispuso la vinculación de la Inspección de Policía de Chinácota, a la que le otorgó un término de tres (3) días para intervenir dentro del proceso.

21. La Inspección de Policía de Chinácota solicitó que se declarara la improcedencia de la acción. Argumentó que las decisiones cuestionadas podían ser demandadas ante el juez contencioso administrativo[39].

22. El municipio de Chinácota consideró que la tutela era improcedente debido a que los actos administrativos objeto de controversia debieron ser cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad territorial pidió tener en cuenta que el procedimiento administrativo había sido tramitado con apego al debido proceso y en él se habían surtido las instancias procesales pertinentes.

23. Agregó, frente a la presunta vulneración al derecho al trabajo, que la actora y sus empleadas podían desarrollar sus actividades en “un lugar alejado del caso urbano”[40], por ejemplo, “desde el lugar en que lo prestó por más de 80 años”[41]. Al referirse a la presunta trasgresión del derecho a la igualdad, la entidad territorial señaló que “no existe en el centro del Municipio de Chinácota ningún otro prostíbulo al cual sí se le permita su

funcionamiento”[42].

4. Decisiones objeto de revisión

24. En sentencia del 26 de julio del año 2016, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinácota declaró improcedente la acción de tutela[43]. Consideró que la decisión de la administración debía controlarse ante su juez natural: el juez de lo contencioso administrativo, el que podía, incluso, decretar la suspensión provisional de los actos cuestionados.

25. Agregó que el procedimiento administrativo se había surtido en debida forma y que a la actora se le habían respetado sus garantías. Además, que no era posible considerar que en el proceso sub examine se hubiese consolidado una legítima confianza en favor de la parte demandante, primero, porque las pruebas documentales del expediente no demostraban que el Establecimiento hubiese estado funcionando en el mismo lugar por “más de ochenta (80) años” y, segundo, debido a que, de todos modos, las autoridades siempre conminaron a la actora a cumplir los requisitos legales para el funcionamiento de aquel. Estos últimos, precisó, no se cumplieron.

26. La accionante no impugnó la decisión de primera instancia.

5. Trámite ante la Corte Constitucional

27. El expediente fue seleccionado para revisión por medio del Auto del 25 de noviembre de 2016, proferido por la Sala Once de Selección de la Corte Constitucional. El proceso se repartió a la Sala Sexta de Revisión.

28. Mediante Auto del 15 de diciembre de 2016[44], el magistrado sustanciador del caso, por una parte, solicitó información adicional a las partes y terceros y, por la otra, invitó a intervenir a distintas ONG[45] y universidades[46].

5.1. Sentencia T-073 de 2017

29. Mediante la sentencia T-073 del 6 de febrero de 2017, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional confirmó la decisión del juez de instancia, en lo relativo al derecho fundamental al debido proceso, y la revocó frente al derecho al trabajo en conexidad con el

mínimo vital. Con relación a lo primero, consideró que la acción de tutela no satisfacía el requisito de subsidiariedad, pues el proceso contencioso administrativo era idóneo para su garantía. Con relación a lo segundo, amparó las citadas garantías en favor de la accionante y del Establecimiento y, en consecuencia, dejó sin efectos la resolución del 13 de junio de 2016 y ordenó “la inmediata apertura de este establecimiento”[47], en los siguientes términos:

“[...] siempre y cuando cumpla a cabalidad con las normas de policía y administrativas, diferentes a las de uso del suelo. Además, deberá funcionar únicamente en horario nocturno, de manera que no se crucen las labores del negocio con las del colegio, y sus actividades tendrán que realizarse, en su totalidad, al interior del establecimiento. Asimismo, si el colegio tiene que realizar alguna actividad nocturna, como grados o reuniones de padres de familia, deberá informarlo al establecimiento para que este último deje de funcionar en las horas en las que la institución educativa realice la actividad correspondiente”[48].

30. Con relación al derecho a la igualdad, se dijo que si bien no se había demostrado su vulneración, lo cierto era que “la Alcaldía debe garantizar la integración e inclusión de este tipo de establecimientos, sin invisibilizarlos[,] [g]arantizando así las condiciones necesarias para que estas mujeres, dueña y prostitutas, puedan desempeñar su labor en condiciones de dignidad, seguridad y libertad”.

31. La orden de amparo del derecho al trabajo en conexidad con el mínimo vital se fundamentó en dos razones: de una parte, que los establecimientos de comercio destinados al trabajo sexual “no tienen una zona en la cual funcionar dentro del Municipio de Chinácota con plena legalidad y seguridad jurídica, ya que en cualquier punto que se ubiquen podrían llegar a ser removidos porque, conforme al mismo EOT, no son compatibles con ninguno de los usos del pueblo”[49]. De otra parte, que la administración afectó el principio de confianza legítima:

“Adicionalmente, es necesario observar que el nuevo destino se ubica a dos cuadras de distancia y que, en la medida en que el EOT del Municipio no dispone de ningún espacio para esta clase de comercios, no le hubiese sido posible ubicarse en ningún sitio diferente sin violar las normas de espacio público, haciéndole imposible continuar con su negocio,

cumplir la normativa y obtener la autorización de venta de bebidas alcohólicas. || En consecuencia, la administración misma, a través de su omisión en la regulación de actividades comerciales de alto impacto en el EOT y su acción a la hora de sancionar a la señora Nelcy Esperanza Delgado por prestar servicios en un inmueble que amenaza a ruina, llevó a esta última a elegir entre su vida e integridad física, y la de sus empleadas y visitantes, y la de mudarse, confiando en que la historia de su negocio y la justificación del daño del inmueble no la llevarían a vulnerar las normas de uso de suelo. || Lo anterior plantea una afectación a la confianza legítima que el ciudadano deposita en la administración. Ya que, buscando cumplir una orden de esta, se termina encontrando con que bien hubiese obedecido o desconocido la determinación, del ente competente, el resultado terminaría siendo el mismo: el cierre de su establecimiento y la consecuente vulneración de su derecho al trabajo y mínimo vital. || Donde quiera que se hubiese ubicado, la Taberna Barlovento estaba destinada a vulnerar las normas de espacio público y terminaría sancionada, o cerrada. Su dueña, el núcleo familiar de esta y sus empleados se verían afectados en su sostenibilidad financiera, al ver cerrado su lugar de trabajo, y los derechos fundamentales de estos quedarían indudablemente vulnerados. O bien podrían haberse quedado donde estaban y ver afectados sus derechos a la vida e integridad física”[50] (negritas propias).

32. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Sexta de Revisión reconoció que la accionante tenía una serie de deberes, dentro de los cuales resaltó: (i) que en el Establecimiento se garantizaran 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[51].

5.2. Auto 449 de 2017, que declaró la nulidad de la sentencia T-073 de 2017

33. En su condición de alcaldesa del municipio de Chinácota (accionado), Nubia Rosa Romero Contreras solicitó la nulidad de la sentencia T-073 de 2017. Propuso la causal de desconocimiento del precedente constitucional. Justificó la solicitud en las siguientes 2 razones: (i) el desconocimiento de las competencias municipales sobre uso del suelo para actividades de “alto impacto” (como la prostitución), dando lugar a un caos del

ordenamiento territorial; y (ii) la omisión de valorar la autonomía que la Constitución les garantiza a los municipios en materia de ordenamiento territorial.

34. Esta segunda razón la fundamentó en: (a) el alcance que a la autonomía municipal le había otorgado la jurisprudencia constitucional, en particular en las sentencias C-931 de 2006 y T-445 de 2016; a partir de estas, consideró que la planeación y el ordenamiento territorial constituían elementos fundamentales de la autonomía de las entidades territoriales; (b) en el alcance de la sentencia C-192 de 2016, según el cual si las modificaciones de los usos del suelo resultaban arbitrarios o implicaban una afectación desproporcionada de los intereses de los particulares, estos últimos podían acudir a acciones como la de reparación directa; y (c) que la sentencia cuya nulidad se solicitó desconocía que, conforme a lo establecido en la Ley 1454 de 2011, el ordenamiento territorial era un instrumento de planificación que ponía en cabeza de los municipios la competencia para formular, adoptar y reglamentar los usos del suelo en áreas urbanas y rurales.

35. Mediante el Auto 449 del 30 de agosto de 2017[52], la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia T-073 del 2017 y ordenó que se adoptara una nueva decisión. Consideró que la sentencia de la Sala Sexta de Revisión había desatendido los precedentes constitucionales, por una parte, sobre competencias municipales acerca de ordenamiento territorial[53] y, por la otra, acerca de la relatividad del derecho de propiedad frente a las normas de ordenamiento territorial[54].

36. En el citado auto, sobre lo primero se concluyó que, “se desatendieron los precedentes constitucionales sobre competencias municipales para la organización del territorio, y la necesaria ponderación entre la autonomía territorial y los derechos fundamentales comprometidos en esta ocasión, para el establecimiento de las zonas específicas de tolerancia de manera planificada”[55]. Para el pleno de la Corte, la Sala de Revisión omitió analizar asuntos relevantes que fueron estudiados en las sentencias C-931 de 2006 y T-445 de 2016, como era “el alcance de la autonomía de los entes territoriales, que comprende el manejo, a través de órganos propios, de los asuntos locales o municipales, la regulación de usos del suelo, el cual abarca esquemas de ordenamiento territorial al implicar una serie de acciones políticas y administrativas, de planificación, de participación y de articulación, que resultan fundamentales para el desarrollo territorial organizado y la vida de los

pobladores”[56] (negritas propias).

37. En cuanto a la segunda consideración, señaló que la Sala Sexta de Revisión había pasado por alto que, según la sentencia C-192 de 2016, el derecho de propiedad no era absoluto y podía ser restringido por las autoridades municipales en la regulación de los planes de ordenamiento territorial. En la decisión se concluyó:

“En la sentencia C-192 de 2016 la Corte se pronunció sobre algunas expresiones de los artículos 23 y 24 de la Ley 1617 de 2013. En dicha decisión al examinar los derechos adquiridos en relación con el uso del suelo, desde el contexto de la no intangibilidad de las normas del plan de ordenamiento territorial distrital se reiteró que ‘el entendimiento constitucional sobre el punto que debe proceder y primar, como regla general, sobre el asunto aquí dilucidado, [...] no es otro que el de la no intangibilidad de las normas del POTD y la relatividad del derecho de propiedad frente a las mismas’ (punto 8.17.). También se afirmó que ‘en casos en los cuales la modificación de los usos del suelo por parte de las autoridades públicas, en ejercicio de sus competencias normativas, resulte arbitraria, abusiva o discriminatoria o pueda significar un impacto desproporcionado en los intereses de los titulares de licencias o de los propietarios de inmuebles edificados al amparo de dichas licencias, el particular, tiene la posibilidad de formular una pretensión de reparación por el eventual daño antijurídico’ (punto 8.25.).”[57]

5.3. Otras actuaciones procesales en sede de revisión

38. Notificado el Auto 449 de 2017, el expediente pasó al despacho del magistrado ponente para redactar la sentencia sustitutiva. El referido magistrado, por su parte, mediante autos del 19[58] y el 23[59] de febrero de 2018, solicitó información adicional[60] a las partes y terceros; dispuso, además, la vinculación del Concejo Municipal de Chinácota y del Consejo Territorial de Planeación, a los que se les otorgó un término de dos (2) días para intervenir.

39. El Consejo Territorial de Planeación de Chinácota informó sobre los antecedentes del Establecimiento y aclaró que su propietaria “no cumplió los requisitos legales para continuar prestando la actividad económica”[61].

40. El Concejo Municipal de Chinácota informó que el Esquema de Ordenamiento Territorial

(EOT) se encontraba contenido en el Acuerdo No. 09 de 2003, ajustado y modificado por el Acuerdo No. 006 de 2011. Además, comunicó a la Corte que “a la fecha no se ha[bía] reglamentando el uso de suelos compatible con la prestación de servicios sexuales, en razón a que a la fecha el EOT no se ha[bía] modificado”[62].

41. Mediante el Auto 444 del 11 de julio de 2018, la Sala Plena de la Corte convocó a la audiencia pública solicitada por la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia. Igualmente, suspendió los términos procesales en los términos del artículo 64 del Reglamento Interno -Acuerdo 02 de 2015-. Diferentes entidades, profesionales, académicos y ONG’S asistieron a la diligencia y sus intervenciones se encuentran en los 4 anexos del expediente[63].

42. En sesión del 14 de febrero del año 2019, la ponencia presentada no fue acogida por la mayoría de la Sala. En consecuencia, en auto del 26 del mismo mes y año[64], el expediente fue remitido al despacho del suscrito magistrado ponente para elaborar el nuevo texto de la decisión aprobada por el pleno de la Corte[65].

43. Es del caso precisar que, mediante Oficio del 5 de marzo de 2019, el suscrito magistrado ponente le solicitó a la Sala Plena que concediera el término adicional de treinta (30) días al que se refiere el inciso 2º del artículo 36 del Reglamento Interno. Esta solicitud fue aceptada por el pleno de la Corte.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

44. La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Igualmente, mediante el Auto 449 del 30 de agosto de 2017, la Sala Plena asumió el conocimiento del expediente de la referencia, razón por la cual es competente para proferir la presente providencia.

2. Del análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

45. La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y

adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa por activa y por pasiva (infra num. 2.1), un ejercicio oportuno -inmediatez- (infra num. 2.2.) y un ejercicio subsidiario (infra num. 2.3).

46. El estudio de estas tres exigencias constitucionales es relativo a cada una de las razones que fundamentan la protección de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, a saber: si la decisión adoptada por las autoridades públicas accionadas, consistente en suspender temporalmente las actividades del Establecimiento, desconoció los derechos (i) al debido proceso, pues se trató de una actuación al margen del procedimiento legal dispuesto, (ii) a la igualdad, pues fue una medida que no se impuso a otros establecimientos en similares circunstancias y (iii) al trabajo en conexidad con el mínimo vital y el libre desarrollo de la personalidad, pues se restringió el desarrollo de una actividad lícita.

2.1. Legitimación en la causa

47. En el presente caso se cumplen los requisitos de legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva[66]. Por una parte, las pruebas del expediente, especialmente la documental que obra en el folio 37 del expediente, dan cuenta de que la señora Nelcy Esperanza Delgado Ramírez es la propietaria del establecimiento de comercio “Taberna Barlovento Chinácota”. De otra parte, la acción se interpuso en contra del municipio de Chinácota y la Inspección de Policía de Chinácota, que, mediante actos del 5 de febrero y del 13 de junio de 2016, respectivamente, ordenaron la suspensión temporal del funcionamiento de dicho negocio.

48. Sin perjuicio de lo dicho, la Sala considera que la accionante no tiene legitimidad en la causa para agenciar los derechos fundamentales de las mujeres que ejercían la prostitución en el Establecimiento de su propiedad. Esta ciudadana, por una parte, no manifestó, de forma expresa, actuar en calidad de agente oficiosa de tales personas y, por el otro, aun aceptando que sí lo hubiese hecho de forma tácita, lo cierto es que no aportó elementos de

juicio que le permitan a la Sala establecer que dichas personas, como titulares de sus derechos fundamentales, no podían acudir al proceso de forma directa.

49. De las pruebas aportadas al expediente, así como del análisis de las circunstancias en las que se dieron los hechos objeto de controversia, no se puede concluir que alguna de las 15 mujeres que ejercían la prostitución en el Establecimiento se encuentren en una situación concreta que les impida acudir directamente ante los jueces de tutela. Por el contrario, en el memorial aportado por la actora el 20 de junio de 2017[67] informa que, “ya no está en contacto con [las mujeres], que desconoce [su] situación socio-económica de cada una y que solo cuenta con el nombre de 9 de ellas”[68]. De esto se puede concluir que la accionante no tiene relación alguna con tales mujeres y, en consecuencia, no le es posible indicar si tendrían interés o no en el amparo de los derechos que invoca, en las circunstancias por ella descritas.

50. En consonancia con el artículo 86 de la Constitución, el inciso 2º del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reconoce que la acción de tutela puede ser ejercida por un tercero que alegue actuar como agente oficioso[69] del titular de los derechos en litigio. Sin embargo, esto únicamente es posible si el tercero que demanda, por una parte, manifiesta expresamente estar actuando en dicha condición[70] y, por la otra, demuestra las circunstancias le impiden al afectado ejercer la defensa de sus derechos de forma directa o por intermedio de apoderado[71]. Estos requisitos, se insiste, no se acreditan en el expediente.

51. En materia de tutela, entonces, “no se pueden agenciar derechos ajenos cuando no se comprueba la imposibilidad del titular de los mismos para ejercer su propia defensa, bajo el entendido de que solo este puede disponer de sus derechos y propender su protección a través del amparo”[72]. Esto último, con el objeto de evitar que cualquier persona, so pretexto de agenciar los derechos de otro, pueda beneficiarse al ver satisfechos sus propios intereses o, igualmente, conseguir decisiones que contraríen la voluntad del sujeto cuyos derechos el demandante dice agenciar ante los jueces de tutela.

52. A similares conclusiones puede arribarse en lo relacionado con la posible vulneración de los derechos del establecimiento de comercio Taberna Barlovento Chinácota, primero, porque no es sujeto de derechos fundamentales (de manera contraria a lo expuesto en la

sentencia que se anuló); segundo, porque a pesar de la suficiencia de la razón anterior, la accionante no informó que estuviera actuando como representante de dicho ente y, finalmente, porque en la demanda de tutela sí manifestó, de forma expresa, que actuaba como “madre cabeza de familia y víctima del conflicto armado”[73] y como abuela de una “nieta huérfana (...) a su cargo”[74]. Esto, para esta Sala, se traduce en la intención de la actora de reclamar solo sus derechos e intereses.

53. Teniendo en cuenta lo anterior, y solo en caso de superarse el estudio de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, la Corte Constitucional limitará el análisis del caso sub examine a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

2.2. Inmediatez

54. En cuanto a la inmediatez, la acción se ejerció de manera oportuna, si se tiene en cuenta que entre la notificación de la última decisión administrativa que se cuestiona en este proceso, adoptada por la Alcaldía del municipio de Chinácota (notificada mediante aviso del 28 de junio de 2016), y la presentación de la acción de tutela (11 de julio de 2016) transcurrieron 13 días, periodo que se considera razonable, según el precedente de esta Corte[75].

2.3. Subsidiariedad

55. La Constitución Política caracteriza la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judiciales ordinarios, los cuales constituyen, entonces, instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas que buscan la protección de sus derechos subjetivos e intereses, tal como lo disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[76].

56. En relación con el caso en concreto, advierte la Sala que la acción de tutela se orienta a controvertir las decisiones adoptadas por la Alcaldía y la Inspección de Policía del municipio de Chinácota del 5 de febrero y del 13 de junio de 2016, respectivamente.

57. Para tal fin, la accionante cuenta con otro medio de defensa para la protección de sus

derechos fundamentales, por cuanto, de conformidad con lo prescrito por los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), los jueces contencioso administrativos tienen competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de los actos dictados por las autoridades accionadas y, de ser el caso, ordenar el restablecimiento de los derechos afectados. Para la Sala, los actos proferidos por las autoridades accionadas son susceptibles de ser demandados ante los jueces de lo contencioso administrativos, primero, porque se trata de decisiones unilaterales, en ejercicio de función administrativa (en la modalidad de funciones policivas de la administración) y que producen efectos jurídicos concretos (la suspensión temporal de actividades del Establecimiento) y, segundo, porque no resuelven una controversia entre particulares. No se trata, pues, de actos dictados en juicios de policía. En consecuencia, los mecanismos idóneos para acceder a las pretensiones de la accionante son el medio de control de simple nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho[77].

58. Sin embargo, en el presente asunto dichos medios no son eficaces, en los términos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, pues el cuestionamiento a la juridicidad de los actos administrativos demandados se hace consistir en la presunta omisión del municipio de Chinácota de regular la prestación de servicios sexuales[78], lo que, según indicó la accionante, se tradujo en la imposibilidad de obtener el permiso de funcionamiento que le fue exigido, por cuanto el Esquema de Ordenamiento Territorial (EOT) no incluía un uso de suelos compatible con el ejercicio de la prostitución. En este caso, el restablecimiento del derecho que pudiera ordenar el juez contencioso administrativo es limitado, pues no podría valorar la citada omisión en que habrían incurrido las autoridades administrativas demandadas como un presunto vicio de legalidad de los citados actos administrativos.

59. Sin perjuicio de lo dicho, la Sala Plena considera necesario precisar que los jueces ordinarios son los primeros llamados y facultados para proteger los derechos fundamentales de los usuarios de la justicia, pues no es de reserva del juez constitucional su protección. Esta corresponde a todos los jueces de la República, con independencia de la jurisdicción que ejerzan.

3. Problema jurídico del caso

60. Por superar las exigencias de procedibilidad, le corresponde resolver a la Sala el siguiente problema jurídico: si la suspensión temporal de las actividades del Establecimiento vulneró los derechos fundamentales incoados por la parte demandante, primero, por actuar al margen del procedimiento legal establecido y en detrimento de las garantías procesales de los involucrados; segundo, por constituir una medida que, al parecer, no se impuso a otros establecimientos en similares circunstancias y, tercero, debido a que se comprometió el derecho al trabajo en conexidad con el mínimo vital y al libre desarrollo de la personalidad, ante la exigencia de acreditar ciertos requisitos legales para continuar con el funcionamiento de aquel.

4. Análisis del problema jurídico del caso

61. La resolución del problema jurídico del caso supone, por una parte, el análisis del procedimiento administrativo de suspensión temporal de actividades del Establecimiento, con miras a determinar si las autoridades accionadas vulneraron las garantías del debido proceso administrativo (primera parte del problema jurídico, numeral 4.1 infra). Por otra parte, a partir de la regulación del uso del suelo en el municipio de Chinácota, analizar si dicha medida comprometió los derechos fundamentales de acceso al trabajo en condiciones dignas, en conexidad con el mínimo vital y al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad (segunda parte del problema jurídico, numeral 4.2 infra).

4.1. Análisis de la primera parte del problema jurídico sustancial: de la presunta vulneración de las garantías al debido procedimiento administrativo

62. La Constitución Política reconoce que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (artículo 29). Esta garantía, incluso, ha sido reconocida en diferentes instrumentos internacionales. Dentro de estos, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[79], 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[80], 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 18 (XVIII) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

63. En materia policiva, las garantías del debido proceso son tan variadas como los fenómenos que les dan origen. Con todo, desde una perspectiva genérica, la Corte Constitucional ha considerado que deben respetarse las siguientes garantías en su sustanciación[81]: (i) a conocer el inicio de la actuación[82], (ii) a que el procedimiento se

adelante por la autoridad competente[83] y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio[84], (iii) a ser oído durante el trámite[85]; (iv) a ejercer los derechos de defensa y contradicción[86]; (v) a presentar y controvertir pruebas[87]; (vi) a impugnar la decisión que adopte la Administración[88]; (vii) a que las decisiones se notifiquen en debida forma[89]; (viii) a que no se presenten dilaciones injustificadas[90] y (ix) a que las decisiones sean motivadas en debida forma[91].

64. El proceso policivo inició el 1 de agosto de 2015, como lo demuestra el informe policial del folio 61 del cuaderno número 1 del proceso de tutela, y culminó el 5 de julio de 2016 con la ejecutoria de la decisión del 13 de junio de 2016, que resolvió el recurso de apelación, notificada mediante aviso fijado el 28 de junio de ese mismo año. Este se surtió por las autoridades competentes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 228 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), 70 del Decreto 522 de 1971, 320 del Decreto Ley 1333 de 1986 y, en lo aplicable, la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

65. En efecto, las pruebas del plenario demuestran que el proceso inició[92] a instancia de la verificación que hicieron miembros de la Policía Nacional en el Establecimiento[93]. Que la accionante fue citada en los términos del artículo 76 del Decreto 522 de 1971[94]. Que ante su inasistencia a la Inspección de Policía, mediante la Resolución No. 2016-009 del 5 de febrero de 2016[95], el Inspector decidió de fondo el procedimiento[96] con base en el informe de policía. Que el recurso de reposición fue tramitado y resuelto según el trámite legal[97] en la Resolución No. 241.02 del 12 abril de 2016[98]. Finalmente, que mediante la Resolución No. 175 del 13 de junio de 2016, la alcaldesa del municipio de Chinácota resolvió el recurso de apelación[99]. En suma, advierte la Sala que las autoridades accionadas adelantaron el trámite policivo según el procedimiento señalado en el ordenamiento jurídico[100].

66. Los 3 actos administrativos citados, visibles a folios 67, 68, 138 a 140 y 144 a 147 del cuaderno 1, fueron desfavorables a los intereses de la accionante. Todos ellos fueron debidamente motivados. Las autoridades tuvieron en cuenta, por una parte, que el Establecimiento no contaba con el permiso de funcionamiento que debía otorgarle la Secretaría de Planeación, pese a que el artículo 2º, literal “a”, de la Ley 232 de 1995 se lo imponía, y, por la otra, que la sola “comunicación de apertura de establecimiento de comercio” no era suficiente para que se entendiera surtida la autorización que se echaba de

menos.

67. Por lo demás, advierte la Sala que la administración no le impuso a la accionante algún tipo de carga procesal que le impidiera ejercer sus derechos sustanciales. Así mismo, en la actuación policiva se respetaron los principios orientadores de las actuaciones administrativas, según lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, esto es, el debido proceso, imparcialidad, transparencia y publicidad, según se evidenció en los párrafos precedentes, y los de igualdad, eficacia y eficiencia. En relación con estos últimos, en el expediente no reposan elementos de juicio que permitan a la Sala inferir que en la actuación administrativa se hubiere discriminado a la accionante, que la decisión adoptada se hubiere producido por motivos personales de los funcionarios o que en otros procesos similares se hubieren adoptado decisiones distintas a las que se cuestionaron en esta tutela. Tampoco hay pruebas que permitan afirmar que el proceso administrativo no se adelantó de forma diligente, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas[101].

69. En suma, las autoridades accionadas, encargadas de la sustanciación del procedimiento policivo administrativo que condujo a la suspensión de actividades comerciales del Establecimiento no vulneraron las garantías del debido proceso de la accionante. Por tanto, la decisión atacada, consistente en suspender temporalmente las actividades del Establecimiento, no vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la parte demandante, primero, porque no se produjo al margen del procedimiento legalmente establecido y, segundo, porque se respetaron las garantías procesales de la accionante durante su sustanciación.

4.2. Análisis de la segunda parte del problema jurídico: de la presunta vulneración del derecho de acceso al trabajo, en conexidad con los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y libre desarrollo de la personalidad

70. El artículo 25 de la Constitución reconoce el derecho que tiene toda persona “a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Este derecho guarda relación directa con otras garantías de rango constitucional pues, además de contribuir al sustento económico de las personas y sus familias, el trabajo constituye una herramienta para desarrollar el proyecto de vida[102] de quienes decidieron escoger una profesión u oficio (artículo 26 C.P.). El

trabajo, pues, goza de la especial protección del Estado.

71. Esta Corte[103] ha tenido la oportunidad de precisar que dicha protección se predica de la actividad laboral subordinada[104] e, igualmente, del trabajo independiente. En ambos casos, para la Corte[105], el mandato constitucional de protección impone dos tipos de obligaciones al Estado: de una parte, la de promover condiciones de acceso al trabajo y, de la otra, la de vigilar que las relaciones de trabajo se desarrollen en condiciones de dignidad y justicia, especialmente cuando las mismas se desarrollan en escenarios de subordinación y dependencia y, en general, en todos aquellos casos en los que el trabajador sea considerado una “parte débil”.

72. La protección constitucional también se predica de otras modalidades de trabajo: (i) miembros de cooperativas de productores; (ii) trabajadores familiares auxiliares; (iii) trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo; y (iv) empleadores[106]. En el caso de los empleadores, resulta importante distinguir entre el empleador que satisface una necesidad propia sin perseguir ánimo de lucro (es el caso de quien contrata una persona para ejecutar actividades domésticas); el empleador independiente que contrata a una o varias personas para cumplir con las obligaciones a las que se ha comprometido; y, por último, el empleador que genera trabajo en el marco de la libertad de empresa.

73. Esta distinción es de la mayor importancia debido a que en este último caso la relación obligacional que surge en torno al derecho al trabajo se modifica y con ello las hipótesis en las que el Estado puede afectar los derechos de los trabajadores. En efecto, al empleador-empresario le corresponde garantizar condiciones de dignidad y justicia a sus empleados. Al Estado, por su parte, le compete, por un lado, vigilar el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social y, por el otro, fomentar el acceso a medios de trabajo e, igualmente, el desarrollo y promoción de la empresa, esto es, el ejercicio de la libertad económica de que trata el artículo 333 de la Constitución Política. Esta, además de la libre competencia, protege la libertad de empresa, que corresponde a aquella libertad que se reconoce a todos los ciudadanos de realizar actividades económicas, dentro del marco constitucional y legal[107].

74. A juicio de la Sala, el caso de la accionante se enmarca en esta última hipótesis. Las

pruebas del expediente dan cuenta de que la actora es propietaria de un establecimiento de comercio dedicado al expendio de bebidas alcohólicas[108] y a la intermediación de actividades de prostitución[109], actividades económicas de las que derivaba una utilidad. Su caso, entonces, debe ser analizado desde la perspectiva de la libertad de empresa, dado que, como se indicó en el numeral 2.1 supra, únicamente la actora está legitimada en la causa por activa. Así las cosas, en lo que tiene que ver con la accionante, entonces, no resultan relevantes los deberes estatales de promover condiciones de acceso al trabajo y de vigilar que las relaciones de trabajo se desarrollen en condiciones de dignidad y justicia (en relación con ella, en su calidad de empresaria). Otro sería el enfoque si la Sala hubiese debido analizar la situación del grupo de 15 mujeres que ejercían la prostitución en el Establecimiento de la accionante.

75. La libertad de empresa es un derecho prima facie y, como tal, puede ser objeto de desarrollos legales[110], limitaciones legislativas[111] y, en general, de intervenciones estatales[112]. Según se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional[113], una intervención estatal se justifica si “pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad”[114]. Esta, además, tal como lo ha considerado la Corte, se ejerce, en un “marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”[115].

76. En lo relacionado con la actividad de la prostitución, la libertad de empresa ha sido limitada por el legislador, al menos, de tres formas:

77. (i) De conformidad con el artículo 84 del Código de Policía y de Convivencia, aprobado mediante la Ley 1801 de 2006, es prohibido “desarrollar actividades económicas relacionadas con el ejercicio de la prostitución, alrededor de hospitales, hospicios, centros de salud, centros que ofrezcan el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media, superior o de educación para el trabajo y desarrollo humano, o centros religiosos” (negrillas propias).

78. (ii) Según dispone el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Ley 902 de 2004, los “planes de ordenamiento territorial de los municipios y distritos, no podrán establecer usos compatibles entre servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, con usos para vivienda y dotacionales educativos” (negritas propias). Esta norma fue reglamentada por el Decreto 4002 de 2004, que en su artículo 2 dispone:

“Artículo 2º. Incompatibilidad y localización. En los Planes de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen no se podrán establecer como permitidos, los usos que comprendan servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, en las áreas, zonas o sectores en donde se prevea el desenvolvimiento del uso residencial o cualquier tipo de uso dotacional educativo, independientemente de que alguno de estos últimos se contemple con carácter de principal, complementario, compatible o restringido, o mezclado con otros usos. || El desarrollo de los servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, deberá regularse de manera especial en los Planes de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que los desarrollen o reglamenten, los cuales precisarán los sitios específicos para su localización, las condiciones y restricciones a las que deben sujetarse. || En caso de presentarse colindancia entre las áreas, zonas o sectores donde se permitan los usos residencial e institucional educativo con aquellas áreas, zonas o sectores donde se prevea la ubicación de los usos de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, los Planes de Ordenamiento o los instrumentos que los desarrollen o complementen, deberán prever las situaciones en las que priman los usos residencial e institucional educativo sobre los usos incompatibles enunciados en el presente artículo. || Párrafo. Para la delimitación de las áreas, las zonas o los sectores en los que se permitan los servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines se tendrán en cuenta las características y las formas de convivencia de cada municipio o distrito” (negritas y subrayas propias).

79. (iii) En el momento en el que se surtió el procedimiento policivo, se encontraba vigente el artículo 2º de la Ley 232 de 1995[116], según el cual, “es obligatorio para el ejercicio del comercio que los establecimientos abiertos al público (...) [c]umplir con todas las normas referentes al uso del suelo”.

80. En el caso del municipio de Chinácota el uso del suelo se encuentra regulado en el

artículo 9º del Acuerdo No. 013 del 27 de junio de 2006[117] y en el Esquema de Ordenamiento Territorial, contenido en el Acuerdo No. 006 del 11 de julio del 2007. Los usos del suelo urbano en la mencionada entidad territorial son los siguientes[118]:

SÍMBOLO

DESCRIPCIÓN

ÁREA Ha.

APRH

ÁREA DE PROTECCIÓN DE RECURSO HÍDRICO

37.44

ÁREAS RECREATIVAS

4.46

ZRT

ZONA DE ALTO RIESGO TECNOLÓGICO

20.48

ZEU

ZONA DE EXPANSIÓN URBANA

71.24

ZPE

ZONA DE PROTECCIÓN ESCOLAR

2.16

ZAR-D

ZONA DISPONIBLE DE VIS

6.46

ZIND

ZONA INDUSTRIAL

2.14

ZINS

ZONA INSTITUCIONAL

17.20

ZP-ARR

ZONA DE PROTECCIÓN DE RECURSO HÍDRICO

48.9

ZAR1

ZONA RESIDENCIAL AISLADA Y DE BAJA DENSIDAD

93.29

ZAR3

ZONA RESIDENCIAL CENTRAL

66.38

ZAR4

ZONA RESIDENCIAL DE VIVIENDA DE INTERÉS

7.74

ZM

ZONA RESIDENCIAL MIXTA

19.57

ZAR 5

ZONA RESIDENCIAL TÍPICA

6.15

ZONA RESIDENCIAL UNIFAMILIAR O BIFAMILIAR

47.91

81. En el momento de presentación de la acción de tutela e, incluso, para el momento en el que se convocó a la audiencia pública en el trámite de revisión (julio de 2018)[119], los instrumentos de ordenamiento territorial del municipio de Chinácota no se habían ajustado a las exigencias del inciso 2º del artículo 28.5 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 2º de la Ley 902 de 2004[120]. Para ese momento, entonces, la reglamentación del uso del suelo no permitía ni contemplaba zonas para la realización de “actividades de alto impacto” como la prostitución.

82. Además, no se encuentra probado que la accionante hubiere solicitado autorización para explotar un establecimiento de comercio dedicado a dicha actividad, pese a que el Inspector de Policía le había informado que debía hacerlo[121] “so pena de cierre del establecimiento” en el que se desarrollaba aquella[122].

83. Está debidamente probado, eso sí, que la accionante envió a la Secretaría de Planeación “comunicación de apertura de establecimiento”, por considerar que para el funcionamiento de un establecimiento de comercio no requería ningún tipo de autorización. Incluso, este fue el argumento principal del recurso de reposición que presentó en contra de la Resolución del 5 de febrero de 2016. En efecto, el apoderado de la actora recurrió la decisión de suspensión de actividades alegando que exigir un permiso de funcionamiento

era contrario a “la ley antitrámite y del Decreto Nacional 1879 de 2008 [reglamentario de la Ley 232 de 1995]”.

84. Teniendo en cuenta lo dicho, considera la Sala que la litis del caso no gira en torno a establecer si el municipio tenía competencia para exigir licencias, permisos y certificaciones para registro y apertura de establecimientos comerciales, pues si el uso del suelo para el ejercicio de actividades como la prostitución no estaba regulado en el EOT de Chinácota, lo cierto es que carecía de sentido determinar si el Establecimiento cumplía o no con los requisitos de funcionamiento, en la medida en que podía partirse del supuesto de que no era así[123]. Lo que se debe determinar, para resolver la segunda parte del problema jurídico del caso, por tanto, es si a dicha omisión regulativa se le puede atribuir la vulneración de los derechos fundamentales alegados. Para esto es necesario establecer si la suspensión de actividades se dictó en el marco de las restricciones legales a la libertad de empresa o si, por el contrario, se dio de forma ilegal y en perjuicio de la actora.

85. En criterio de la Sala Plena, la suspensión temporal de las actividades del Establecimiento se produjo como consecuencia directa de las restricciones que el Legislador ha impuesto, válidamente, a la libertad de empresa, en cuanto al ejercicio de la intermediación en materia de prostitución.

86. En ese sentido, las posibles consecuencias adversas de dicha suspensión, incluida la posible afectación de derechos subjetivos, no le son imputables a las entidades accionadas a título de vulneración de derechos fundamentales. Dos argumentos respaldan esta inferencia: (i) si bien es cierto que no existía una prohibición concreta en lo relacionado con el uso del suelo para el ejercicio de la prostitución, se insiste, porque la materia ni siquiera estaba regulada, también lo es que sí existía una incompatibilidad en cuanto a la localización del Establecimiento y, en consecuencia, un incumplimiento de las normas referentes al uso del suelo (infra núm. 4.2.1); y (ii) a la disposición constitucional contenida en el artículo 333 de la Constitución no es posible adscribir un derecho al libre ejercicio de la actividad empresarial de intermediación para actividades de prostitución y, mucho menos, un derecho fundamental a la regulación del suelo para su ejercicio (infra núm.. 4.2.2).

4.2.1 De las normas que establecen incompatibilidades con el uso del suelo

87. El predio en donde funcionaba el Establecimiento, tal y como quedó expuesto en la certificación expedida por la Secretaría de Control Urbano y Vivienda del municipio de Chinácota[124], se encuentra ubicado en una “Zona residencial central – ZAR 3”. Según el EOT del municipio, esta zona “corresponde al tipo de vivienda ubicada sobre la zona central de la ciudad, en la que se hallan ubicados muchos inmuebles que conforman el Patrimonio Arquitectónico y Cultural”[125](negrillas propias).

88. Igualmente, está debidamente probado que en el predio, “[p]or ser una zona de conservación especial, se permit[en] los usos de conservación y restauración y los usos: (...) a) principal: vivienda unifamiliar y multifamiliar; b) compatible: comercio[,] pequeña industria [y] centros educativos; c) condicionado: vivienda de interés social [y] centros de recreación; y d) prohibido: vivienda tipo ZAR1 y ZAR2 [y] plantas industriales”[126] (negrillas propias). Nótese que el predio se ubica en una zona residencial, esto es, de “casas en las que se vive” o “alojamiento colectivo de individuos”, según lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

89. El artículo 15 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Ley 902 de 2004, prohíbe los usos del suelo que comprendan servicios de alto impacto como la prostitución y actividades afines, en zonas donde se prevea el desenvolvimiento de usos residenciales. También establece que para la delimitación de las zonas en las que se permitan los referidos usos, se deben considerar sus características y las formas de convivencia de cada municipio[127].

90. La norma referida también establece una prohibición similar frente a las zonas de “uso dotacional educativo”. Al respecto, basta con tener en cuenta, por una parte, que uno de los fundamentos de la Resolución No. 175 de 2016 fue que el Establecimiento “se enc[ontraba] muy cercano a [una] Institución Educativa”[128]. De otra parte, también resulta de gran relevancia el concepto emitido por la Consejo Territorial de Planeación de Chinácota, ante el requerimiento de uno de los magistrados sustanciadores de esta Sala Plena, en el que manifestó que el Establecimiento “no cumplió los requisitos legales para continuar prestando la actividad económica”[129], debido a que el predio en donde se llevaba a cabo era “equidistante cien metros de un importante establecimiento educativo infantil”[130]. Nótese que la norma que establece la incompatibilidad en el uso del suelo no hace ninguna distinción en cuanto al horario en el que se ejerce la prostitución y, por ende,

es irrelevante lo que la actora expone frente al particular, esto es, que el Establecimiento funciona los fines de semana y en horas de la noche[131].

91. En ese mismo sentido, ante el hecho de que el Establecimiento funcionaba en una zona que no era apta para el ejercicio de la prostitución, también puede hablarse del incumplimiento del literal “a” del artículo 2 de la Ley 232 de 1995. Al respecto, en el acto administrativo que resolvió la apelación presentada por la actora, se dijo:

“Con todo lo anterior [se refiere al análisis de los usos del suelo y al resumen del procedimiento surtido], el recurrente no logra desvirtuar con (sic) los argumentos de la apelación, pues en efecto no cumple con los requisitos exigidos en la Ley 2[3]2 de 1995 para el funcionamiento de comercio, por tal razón encontrando el Despacho ajustada a derecho la resolución [apelada], se confirmará en todas sus partes”.

92. A juicio de la Sala, el incumplimiento de las normas relacionadas con el uso del suelo, por un lado, justifica la exigencia que las entidades accionadas le hicieran a la accionante en diferentes ocasiones, consistente en pedirle que certificara que el uso del suelo era compatible con las actividades del Establecimiento. Por otro lado, dicho incumplimiento también sustenta un argumento plausible para haber suspendido temporalmente el ejercicio de las actividades en el Establecimiento, que no fue ni irrazonable ni desproporcionado.

4.2.2 Del ejercicio de la actividad de intermediación para la prostitución y los derechos al trabajo, igualdad y libre desarrollo de la personalidad

93. A la omisión en la que ha venido incurriendo el municipio de Chinácota, consistente en no regular el uso del suelo para el ejercicio de la prostitución, no se le pueden imputar las consecuencias adversas de la suspensión de actividades del Establecimiento, menos si esto pretende hacerse a título de vulneración de derechos fundamentales.

94. Dentro del margen de configuración legal es posible regular la prostitución. Sin embargo, en ejercicio de esta competencia se debe respetar la autonomía de las entidades territoriales para desarrollar los usos del suelo y el esquema de ordenamiento territorial. En efecto, el artículo 287 de la Constitución reconoce que estas “gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”. Dos de las manifestaciones más importantes de dicha autonomía,

para la Corte, son el derecho a actuar por medio de órganos propios en la administración (numeral 1º) y el autogobierno en los asuntos de interés regional o local. Tales prerrogativas, según la jurisprudencia constitucional[132], hacen parte de las facetas esenciales de la autonomía territorial[133] y, como tal, son “indisponibles” por el Legislador o para cualquier otro operador jurídico[134] (incluidos los jueces), habida cuenta de que los límites de tal autonomía únicamente pueden imponerse a partir de los contenidos de la Constitución[135].

95. Acceder a lo pretendido en la demanda de tutela y ordenar la reapertura del Establecimiento, so pretexto de haberse vulnerado un derecho a la regulación del suelo para el ejercicio de la prostitución implicaría la vulneración de la autonomía territorial del municipio de Chinácota.

96. El desconocimiento de los precedentes judiciales que reconocen tal situación, de hecho, fue una de las causas para declarar la nulidad de la sentencia T-073 de 2017, frente a la cual esta Sala Plena concluyó que una orden de tal magnitud, así como determinar las condiciones de funcionamiento y ejercicio de la prostitución[136], implicaría el “desconoc[imiento de] las competencias del municipio [de Chinácota] en la materia, particularmente [de] la autonomía para regular los usos del suelo y el esquema de ordenamiento territorial”[137].

97. Por otro lado, la Sala considera importante resaltar que, de la ausencia de delimitación de los usos del suelo para actividades de alto impacto en el municipio de Chinácota, no se sigue, de manera necesaria, una prohibición para el ejercicio de la prostitución en dicha entidad territorial. Dos elementos de juicio refuerzan esta conclusión: de un lado, que el municipio accionado le informó al juez de instancia que las actividades de prostitución “podrían ejercerse [...] en un lugar alejado del casco urbano”[138]. De otro lado, que, según informó el municipio accionado, en otra zona del municipio, para ese momento, “funciona[ba] el establecimiento denominado Grill Bar Pirámide Roja”[139].

98. Resalta la Sala que, dada tal situación, de una parte, la accionante pudo haber continuado con la actividad de venta de bebidas alcohólicas, para lo cual sí contaba con el respectivo permiso de funcionamiento, según la autorización del 31 de marzo del año 2015, visible en el folio 66 del cuaderno 1 del plenario.

99. De otra parte, actora pudo continuar ofertando los servicios de prostitución en el mismo lugar en el que administraba esta actividad, según su dicho, desde el año 1935. En relación con este aspecto, la Sala no tiene elementos de juicio para establecer que en el lugar en el que funcionaba el denominado “Bar el Viejo” no era viable continuar con la actividad de intermediación para fines de prostitución; por el contrario, según lo que indicó la propia accionante, los recursos producidos en la anterior ubicación fueron suficientes para que el Establecimiento perdurara por más de ochenta años y ayudar en el sostenimiento de su familia[140]. Esto, claro está, siempre que se hubiese cumplido con la carga de hacer las adecuaciones locativas exigidas por la entidad territorial accionada, carga que, a juicio de esta Sala resultaba razonable y proporcional si se tiene en cuenta que lo que buscaba ERA la protección y seguridad de los usuarios del lugar.

100. A similares conclusiones puede arribarse frente a la presunta vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la accionante, pues si esta consideraba que ofrecer los servicios de prostitución en el Establecimiento, de alguna forma, garantizaba su libre desarrollo de su personalidad, bien pudo haber continuado con el negocio en la ubicación inicial. De todas formas, la Sala no puede perder de vista que, según el artículo 16 de la Constitución[141], el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no puede hacerse al margen del ordenamiento jurídico[142]; para este caso, por fuera de las normas que regulan incompatibilidades con los usos del suelo, según se indicó en el numeral 4.2.1 supra. No podría, pues, la accionante alegar que tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad cuando el mismo se proyecta en hechos o escenarios expresamente prohibidos por el Legislador[143].

101. En lo que respecta al derecho a la igualdad, por otro lado, la Sala carece de elementos de juicio para identificar un tratamiento discriminatorio por parte de las autoridades municipales. Las pruebas del expediente no ofrecen certeza acerca de la afirmación de la actora, según la cual “en la misma cuadra funcionan tres cervecerías más y [que] un local de esos tiene [...] mujeres para el trabajo sexual”[144]. No reposan declaraciones testimoniales, pruebas documentales o cualquier otro elemento que soporte esta aseveración. Por el contrario, en el trámite de primera instancia el municipio informó que “en el sector donde se encuentra ubicada la Taberna BARLOVENTO no opera ningún otro prostíbulo”[145]. Además, se itera, las pruebas del plenario permiten afirmar que la suspensión de actividades del Establecimiento estuvo orientada por las restricciones legales

y no por algún tipo de conducta discriminatoria en contra de la accionante.

102. Por lo demás, la Sala considera que se demostró en el proceso que la incompatibilidad de ciertos usos del suelo, en los términos de las disposiciones citadas en el numeral 4.2.1 supra era relativa a “servicios alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines” con usos residenciales y “cualquier tipo de uso dotacional educativo”, y no con otro tipo de servicios o actividades. No puede hablarse, pues, de una decisión contraria a la igualdad.

103. Corolario de todo lo anterior, la Sala encuentra que las autoridades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales alegados en la demanda de tutela y, por ende, se deben negar las pretensiones de la acción. En consecuencia, la Sala revocará la decisión del juez de tutela que declaró la improcedencia del amparo y, en su lugar, dispondrá negarla.

6. Síntesis de la decisión

104. La Sala Plena dictó providencia de reemplazo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la sentencia T-073 de 2017, decretada mediante el Auto 449 de 2017. La Sala analizó la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la decisión por medio de la cual las autoridades accionadas habían ordenado el cierre de la taberna Barlovento, propiedad de la accionante, en la que vendía bebidas alcohólicas y ofertaba la prestación de servicios sexuales, al no acreditar el permiso de uso del suelo para estas actividades de “alto impacto”, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, libre desarrollo de la personalidad e igualdad.

105. Luego de considerar que la acción de tutela satisfacía las exigencias de procedibilidad, únicamente en relación con las pretensiones de la tutelante y no de terceras personas, en primer lugar, la Sala concluyó que las autoridades demandadas no habían desconocido la garantía al debido proceso de la accionante, dado que el acto administrativo que había resuelto el recurso de apelación contra la decisión de cierre del establecimiento de comercio le había sido notificada en debida forma.

106. En segundo lugar, la Sala Plena consideró que no había existido vulneración de las garantías fundamentales al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad (en conexión con la de mínimo vital y en relación con la de libertad de empresa) de la accionante, dado que,

por una parte, la decisión de cierre del establecimiento se había basado en la existencia de limitaciones legales, con fundamento constitucional, relativas a la incompatibilidad de ciertos usos del suelo con la actividad comercial que ejercía la accionante. Estas restricciones, de orden público, se contenían, en particular, en el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 388 de 1997 (modificado por el artículo 1 de la Ley 902 de 2004), reglamentado por el Decreto 4002 de 2004 (posteriormente reiteradas en el artículo 84 del Código de Policía, Ley 1801 de 2016). De otra parte, las citadas garantías tampoco habían sido vulneradas, dado que la accionante había tenido la opción de desarrollar su actividad comercial en otro sitio del municipio en que tales restricciones, de orden público, no hubiesen sido aplicables. Resaltó la Sala, en relación con este último aspecto, que esta era la situación del denominado “Bar El Viejo”, en el que la accionante, por varios años, había desarrollado una idéntica actividad comercial.

107. Finalmente, consideró la Sala que las autoridades judiciales demandadas no habían desconocido el derecho a la igualdad de la accionante, en la medida en que la incompatibilidad de ciertos usos del suelo, en términos de las citadas disposiciones, era relativa a “servicios alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines” con, en especial, usos residenciales y “cualquier tipo de uso dotacional educativo”, y no otro tipo de servicios o actividades.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero-. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el Expediente T-5.872.661.

Segundo-. REVOCAR la sentencia del 26 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chinácota, que declaró improcedente la acción de tutela formulada por Nelcy Esperanza Delgado Ramírez en contra del municipio de Chinácota y la Inspección

de Policía del mismo municipio, para, en su lugar, NEGAR el amparo solicitado.

Tercero-. EXPEDIR, por Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Ausente con incapacidad médica

MARTÍN GONZALO BERMÚDEZ MUÑOZ

Conjuez

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA SU062/19

PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS-Obligación del Estado de tipificar como delito la trata de personas y desincentivar esta conducta (Aclaración de voto)

Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido

En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena, a pesar de compartir la resolución del caso y sus fundamentos, me permito Aclarar Voto, en el sentido que debieron considerarse

estas otras razones como determinantes de la decisión:

En primer lugar, que no existe un derecho (mucho menos fundamental) a la regulación del uso del suelo para el ejercicio de la actividad de prostitución. Este razonamiento no es plausible porque la Constitución solo “permite” que el Legislador regule los usos del suelo, y dentro de tal marco las autoridades territoriales y administrativas deben ejercer las competencias que les sean otorgadas. Por tanto, tienen la competencia para regular el uso del suelo para actividades de “alto impacto”, pero no tienen una obligación constitucional de destinar zonas al ejercicio de estas actividades, de manera tal que su ausencia suponga una situación de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, de conformidad con el “protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, incorporado al ordenamiento colombiano mediante la Ley 800 de 2003, el Estado se obligó a tipificar como delito la trata de personas, y, por tanto, a desincentivar esta conducta. Esta, entre otras, puede tener como causa la amenaza, el uso de la fuerza, el engaño, el abuso de poder o el abuso de una situación de vulnerabilidad, en la que, según indicaron varios intervinientes en la audiencia pública que realizó la Sala Plena el día 16 de agosto de 2018, se encuentra un gran número de personas en situación de prostitución.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA SU062/19

PROSTITUCION-La jurisprudencia no corresponde a las exigencias del principio de dignidad

humana y no protege a personas, especialmente a mujeres, víctimas de una actividad de intermediación de servicios sexuales con ánimo de lucro (Aclaración de voto)

FEMININZACION DE LA PROSTITUCION-Forma de violencia contra la mujer (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-5.872.661

Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido

La suscrita magistrada acompaña el sentido de la decisión mayoritaria de la Sala Plena. Sin embargo, con el debido respeto por la mayoría, considera necesario aclarar su voto en el sentido de que la Corte desaprovechó la oportunidad de revisar integralmente su jurisprudencia sobre prostitución, pues no corresponde a las exigencias del principio de dignidad humana y no protege a personas, especialmente a mujeres, víctimas de una actividad de intermediación de servicios sexuales con ánimo de lucro, que aprovecha la situación de vulnerabilidad e incapacidad de optar libremente de esas personas.

1. Considerar que todos los individuos se encuentran en el mismo punto de partida, es decir, en condiciones igualitarias para ejercer su libertad y su autonomía, es pasar por alto las relaciones de poder existentes en la sociedad, dadas por la raza, el sexo u otro motivo. Esta visión significa desconocer la esencia misma del Estado Social, cuyo desafío es la consolidación de la igualdad material, justamente porque la igualdad formal propia del Estado de Derecho está vendada para distinguir las diferencias entre los sujetos y advertir las relaciones de dominio a las que están sometidos, que no son otra cosa que barreras para ser auténticamente libres. En ese sentido, el contexto material de la prostitución en Colombia corresponde a una realidad trenzada con relaciones de poder que están siendo ignoradas por la Corte en su jurisprudencia.

2. La feminización de la prostitución. Quienes sostienen relaciones sexuales a cambio de dinero en Colombia son principalmente mujeres y niñas[146] y en general para el escenario internacional, la “inmensa mayoría de las personas que se prostituyen son mujeres y niñas y casi la totalidad de los usuarios hombres”.[147] ¿Por qué? Porque son mujeres. Los roles tradicionalmente asignados a hombres y a mujeres han posicionado a los primeros en los espacios públicos en donde se ejerce el poder y se toman decisiones, mientras que a las

segundas en los privados asociados con lo doméstico y la satisfacción sexual. Dentro de ese esquema, son las mujeres quienes están expuestas a prostituirse, porque su cuerpo está concebido socialmente para ser proveedor de placer.

3. La estigmatización y la inclusión. En el contexto particular del caso que fue objeto de estudio en la sentencia T-594 de 2016,[148] es necesario precisar la distinción entre dos cuestiones: por un lado, el derecho de toda persona a vivir una vida libre de violencia, tratos crueles y tortura; y por otro lado, la justificación de la prostitución con base a la estigmatización que de esa actividad existe. En el primer aspecto coincido con la posición de la Corte, en el sentido de que muchas violencias están justificadas por el agresor y por la sociedad misma con fundamento en estereotipos de género. En esta misma lógica, dado que las mujeres en prostitución no cumplen la expectativa de la mujer casta y monógama, la sociedad justifica las agresiones contra ellas, lo cual es inadmisible constitucionalmente.

Los estereotipos de género que habitan la conciencia social y dan forma a sus imaginarios operan en muchas esferas y no sólo soportan la violencia física, sino también la simbólica. Razonamientos legales o judiciales anclados en estereotipos que discriminan son del mismo modo insostenibles constitucionalmente, como bien lo ha afirmado este Tribunal.[149] Sin embargo, la explicación de las violencias y la discriminación con base en estereotipos de género está radicalmente distante de la idea de acreditar y promover la prostitución en sí misma con base a la estigmatización social que de esa actividad existe. La estigmatización de la población afroamericana no justificó que se regulara la exclusión para que se diera en condiciones dignas, sino que la valoración negativa de la estigmatización significó concebir la abolición de la segregación. En Colombia, la estigmatización y la violencia que se ejerce respecto de las mujeres prostitutas no se acabará “dignificando”, sino excluyéndola, como práctica socialmente aceptable.

4. La libertad. Son múltiples los caminos que conducen a una persona a dedicar su vida a sostener relaciones sexuales a cambio de dinero u otro beneficio material. En muchas de esas trayectorias vitales, la voluntad, ese consentimiento libre y razonado es un proceso de deliberación interna que la mayoría no han tenido la oportunidad de desplegar, debido a las relaciones de poder a las que han estado sometidas desde la infancia.[150]

El primer sendero comienza cuando la virginidad de muchas niñas y adolescentes es subastada para pagar una deuda o a cambio de un mercado de víveres. Luego de ser violadas por el comprador de su castidad, lo siguiente es la prostitución.[151] Muchas otras, siendo aún menores de edad, vulnerables ante el poder adulto y patriarcal, fueron entregadas a un burdel porque según el imaginario social, alimentado por nefastos estereotipos de género, indica que si no son vírgenes no valen[152]. En esos lugares son obligadas a tener múltiples relaciones sexuales, pueden ser 20 al día. Y así pasa el lunes, martes, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo, todas las semanas, todo el año. Y en ese trasegar, pueden tener varios hijos, ciertamente no planeados, cuyos padres son indeterminables,[153] y en consecuencia, la responsabilidad paternal eclipsada. Estas mujeres no sólo han sido despojadas del control sobre su cuerpo y su sexualidad, sino que también del dominio sobre su vida reproductiva.

Otra vía que conduce a las personas a la prostitución es la situación de vulnerabilidad y de extrema necesidad en la que se encuentran: “son víctimas del conflicto, desplazados y menores de edad (...) tras la fachada de trabajo sexual se esconde una realidad de explotación sexual”.[154] De acuerdo con la Corporación Sisma Mujer, “la gran mayoría de quienes ejercen la prostitución son mujeres y niñas en condiciones de vulnerabilidad previas”.[155]

Como bien lo dijo la Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales, la historia de las 15 mujeres del Bar Barlovento no puede ser desconocida, porque es necesaria para comprender el impacto en las vidas de las personas en prostitución y superar su “triste naturalización”.[156] Los relatos de las mujeres en prostitución son imprescindibles para abordar este problema, porque revelan las relaciones de poder y la desventaja en que se encuentran para ser libres y auto determinarse. Es “importante atender las diferencias materiales entre quien es víctima de la explotación y quien se lucra con ella”.[157]

Claudia Quintero, quien es la voz de las mujeres prostituidas en el expediente, dijo que “estuvo coaccionada por el desplazamiento forzado, la guerra, la indiferencia, la discriminación, el abuso, la falta de oportunidades y de educación”.[158] La libertad para estas mujeres es una ficción y la realidad es que

5. La violencia. Las mujeres en prostitución están constantemente expuestas a agresiones físicas y feminicidios, pues el perfil de quienes contratan estos servicios “son personas con baja autoestima y misoginia”.[160] Según el Instituto Nacional de Medicina Legal entre 2004 y 2013 hubo 13.232 homicidios de mujeres, dentro de las cuales 238 estaban en condición de prostitución y de ese total, el 9% eran menores de edad.[161] Al mismo tiempo, son más vulnerables a alcoholizarse, pues el administrador del burdel lo incentiva para que los clientes consuman más licor y así obtener mayores ganancias. “En los burdeles hay que beber alcohol y tienes que vomitar para volver a beber alcohol”.[162]

6. El negocio. Considerar la prostitución como un trabajo resguarda a los administradores de los burdeles y a los terceros que se benefician de la explotación sexual. La prostitución entendida como una actividad comercial ordinaria es “funcional al sistema prostituyente y a los agresores”.[163] Esta situación ha sido puesta en evidencia por las mismas mujeres prostituidas:

“estamos de acuerdo en que las mujeres en la situación de prostitución y sobrevivientes merecemos una protección especial y resguardar nuestras vidas, pero proteger, señores magistrados, no implica legalizar una violencia atada a una cultura patriarcal. Yo nunca sentí en un trabajo que me hizo tanto daño, como me hizo la prostitución, si es que se le puede llamar trabajo. Pienso en cada noche en la que pasé frío, golpes de machistas que creían que por pagar por sexo eran dueños y señores. Los proxenetas me castigaban porque a mí no me gustaba ir a ningún prostíbulo, enviaban a la Policía para que nos pegaran. Una vida que elegí con una pistola simbólica en mi cabeza, una pistola cargada de desplazamiento forzado, guerra, indiferencia, discriminación, abuso, falta de oportunidades, falta de educación. (...) Cuando garantizas la estabilidad de un burdel no garantizas derechos humanos a las mujeres prostituidas. Sostienes un negocio. Sostenemos a quienes se lucran del cuerpo de las mujeres, por medio de la prostitución ajena. Las exigencias son cada vez mayores, te quieren drogada, joven y operada. (...) No quiero derechos laborales, quiero derechos humanos y esos no me los garantizó la prostitución. (...) Fui inmersa en una violencia basada en género llamada prostitución”. [164]

La prostitución opera con las reglas y dinámicas propias de cualquier negocio que depende del crecimiento de un mercado, por tanto, a quienes administran burdeles no les interesa la disminución del mismo, por el contrario, quieren ampliarlo y “maximizar beneficios”.[165]

Las mujeres soportan la carga de quienes son vistos como “exitosos emprendedores”.[166]

A juicio de la suscrita, la ganancia económica que percibe una persona por la prestación de los servicios sexuales de otra contradice el principio de dignidad humana en el que está fundado el Estado colombiano. El contrato de trabajo conforme al cual se contratan por el empresario los servicios sexuales es un contrato cuyo objeto es ilícito, pues no es posible entregar la libertad e intimidad sexual bajo continuada dependencia y subordinación de otro, sin desconocer el principio de dignidad humana que preside la organización política. Un contrato de trabajo así convenido ubica a la mujer en el mundo de las cosas, del mercado, de los negocios, y prescinde de otorgarle el trato que la dignidad humana exige.

Así mismo, y por las mismas razones, es ilícita la actividad comercial que consiste en obtener lucro personal por cuenta de la prostitución ajena. Más aun, dentro de contextos sociales en los que está más que demostrado que las mujeres no llegan voluntariamente a estos “trabajos” o “negocios”.

7. Los modelos legislativos. Actualmente existen tres enfoques que abordan la prostitución de manera distinta: el modelo Prohibicionista, el Abolicionista y el Reglamentarista. El primero criminaliza a todas las personas involucradas en esta actividad, con excepción de quien paga por tener relaciones sexuales, el prostituyente, quien es considerado como una víctima. Bajo esta perspectiva, el bien jurídico que se pretende proteger con la penalización de esta actividad es la moral pública y las buenas costumbres.

En contraste, el modelo abolicionista o nórdico se caracteriza porque la prostitución es considerada una violación de los derechos de las mujeres y un medio para perpetuar la desigualdad de género”.[167] De ese modo, su práctica en sí misma no es ilegal, mientras que las actividades relacionadas, como la administración de burdeles, si son penalizadas. Igualmente, a veces es sancionado quien paga por los servicios sexuales.[168] En ese sentido, el bien jurídico que se pretende proteger son los derechos de las mujeres víctimas que están en prostitución.

Finalmente, en el modelo reglamentarista, vigente en Holanda y Alemania, se sostiene que la prostitución “mejora la igualdad de género al fomentar el derecho de la mujer a controlar

qué desea hacer con su cuerpo”,[169] en consecuencia, se considera que para proteger a quienes la ejercen es necesario mejorar sus condiciones laborales, reglamentando la actividad en sí misma y las demás que estén asociadas. Por tanto, el bien jurídico que se busca proteger es la libertad, particularmente, la libertad de las mujeres para decidir sobre su cuerpo.

El modelo reglamentarista ha sido evaluado y, con base a los resultados obtenidos, cuestionado porque “en 2007, un informe del gobierno federal encontró que el Acta o ley de prostitución Alemana no ha mejorado las condiciones para las mujeres en la industria de la prostitución, ni les ayudó a salir”.[170] Se ha verificado que la legalización ha promovido su aumento y cada día son más las mujeres en esta condición, ha hecho más difícil la persecución del tráfico de seres humanos y el proxenetismo,[171] incrementó el crimen organizado en la industria del sexo, ha habido un crecimiento de la prostitución infantil y un mayor número de hombres que se atreven a pagar por sexo.[172]

El modelo reglamentarista holandés ha sido criticado porque las cargas impuestas a los administradores han hecho menos rentable el negocio en la legalidad y se ha tornado clandestino.[173] En general, en los países en los que se ha legalizado, ha habido un aumento en la violencia contra la mujer y ha alimentado la trata de mujeres y niños.[174] En contraste, el modelo nórdico de Suecia, Islandia y Noruega ha disuadido la trata de seres humanos hacia el primero de estos países y no ha aumentado la prostitución.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ACLARACION DE VOTO DEL CONJUEZ

MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ

A LA SENTENCIA SU062/19

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-La ausencia de normas expresas sobre la regulación de actividades sexuales no le impedía al juez contencioso hacer un análisis de legalidad de la actuación administrativa (Aclaración de voto)

Referencia: T-5872661

Acción de tutela interpuesta por NELCY ESPERANZA DELGADO RAMÍREZ en contra del municipio de CHINÁCOTA (Norte de Santander) y la INSPECCIÓN DE POLICÍA DE CHINÁCOTA.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Las razones que fundamentan la aclaración de voto a la presente providencia son las siguientes:

1.- La subsidiariedad de la acción de tutela. La existencia de otros medios de defensa. La idoneidad de la acción no puede ser medida como un juicio hipotético de que vaya a ser resuelta la acción de manera favorable o desfavorable.

En la sentencia objeto de aclaración se reconoce la competencia del juez de lo contencioso administrativo para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por las entidades accionadas, a través de la acción de nulidad simple, o de nulidad y restablecimiento del derecho reguladas en la Ley 1437 de 2011.

Es claro que accionante busca la protección de sus derechos fundamentales a través del levantamiento del cerramiento de su establecimiento de comercio, que es una medida tomada como consecuencia de los procedimientos administrativos desarrollados por la autoridad local de Chinácota. En la sentencia se reconoce que la nulidad y el restablecimiento del derecho es la acción preestablecida en el ordenamiento frente a la situación planteada por la accionante.

Sin embargo, considera que el requisito de la subsidiariedad se cumple por una falta de eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento o de simple nulidad., dada la falta de regulación de las actividades de alto impacto como la prostitución en el EOT de Chinácota,

norma en la que se fundamenta la actuación de la administración local, así:

La conclusión del cumplimiento del requisito de subsidiariedad resulta de un análisis inadecuado del requisito de procedibilidad mencionado, puesto que se analiza de manera muy limitada de los medios de control de los actos de la administración, previstos en el ordenamiento jurídico.

El juicio que debe hacer el juez constitucional sobre la eficacia de los otros medios judiciales de defensa de los derechos reclamados no puede ser un juicio hipotético sobre el resultado del ejercicio de la acción por parte del accionante. El juez de tutela debe verificar la existencia de un medio eficaz que le permita al accionante reclamar los derechos que considera vulnerados, y obtener un pronunciamiento definitivo por parte de un juez (que puede acceder o no a las pretensiones del accionante). El análisis debe basarse en la idoneidad procesal para garantizar el derecho invocado en el caso concreto. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en ocasiones anteriores:

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permite la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda, que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”[175]

En el primer supuesto, la aptitud de medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado[176]. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado[177]

En este caso, el medio de control nulidad y restablecimiento de derecho sí eran medios idóneos para la protección del derecho. La accionante cuestionó la legalidad de una actuación administrativa por considerada violatoria de sus derechos fundamentales. Y es

precisamente esa la finalidad del medio de control previsto en el CPACA:

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)

El artículo 137 del CPACA establece indebida aplicación de las normas como una de las causales de declaratoria de nulidad de un acto administrativo. El Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente forma sobre esa causal:

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde.[178]

La acción de nulidad y restablecimiento le permitía a la accionante reclamar sus derechos ante la jurisdicción administrativa, puesto que es precisamente el juez contencioso el encargado de verificar la legalidad de los actos administrativos. En este caso, la ausencia de normas expresas sobre la regulación de actividades sexuales en el Municipio de Chinácota no le impedía al juez contencioso hacer un análisis de legalidad de la actuación administrativa. Por el contrario, y tal como lo hace la sentencia de la tutela para negar la acción de tutela, el juez contencioso tiene la competencia y el deber de interpretar las normas en la que se fundamentan los actos administrativos controlados, para determinar si son aplicadas de manera correcta por la Administración.

En la sentencia de tutela, la Corte Constitucional hace un análisis normativo adecuado de la norma para negar las pretensiones de la accionante, pero que bien pudo haber hecho el juez contencioso. El análisis realizado en la sentencia demuestra que la ausencia de normatividad expresa sobre la regulación no es un impedimento para pronunciarse sobre la conformidad de las actuaciones administrativas en el caso concreto.

Aclaradas las razones anteriormente expuestas, estoy de acuerdo con la decisión de la Sala

en negar el amparo solicitado.

Atentamente,

MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ

Conjuez

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA SU062/19

ACTIVIDAD COMERCIAL DE CASAS DE PROSTITUCION FRENTE A LA DESTINACION DEL SUELO-La omisión en la reglamentación da lugar a que no exista claridad sobre dónde podría ejercerse e, incluso, a una prohibición implícita (Salvamento de voto)

PROSTITUCION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (Salvamento de voto)

PROSTITUCION-Las personas que la ejercen pertenecen a un grupo vulnerable que históricamente ha sufrido exclusión, de modo que la ausencia de regulación se traduce en un instrumento de discriminación (Salvamento de voto)

PROSTITUCION-Se debieron adoptar órdenes complejas para la creación de políticas públicas encaminadas a ofrecer alternativas de vida diferente a quienes realizan la prostitución (Salvamento de voto)

La sentencia SU-062 de 2019

1. La Sala Plena abordó el estudio del caso puesto a su consideración y halló procedente la solicitud de amparo, luego, planteó el problema jurídico a resolver, encaminado a determinar “si la suspensión temporal de las actividades del Establecimiento vulneró los derechos fundamentales incoados por la parte demandante, primero, por actuar al margen del procedimiento legal establecido y en detrimento de las garantías procesales

de los involucrados; segundo, por constituir una medida que, al parecer, no se impuso a otros establecimientos en similares circunstancias y, tercero, debido a que se comprometió el derecho al trabajo en conexidad con el mínimo vital y al libre desarrollo de la personalidad, ante la exigencia de acreditar ciertos requisitos legales para continuar con el funcionamiento de aquel”.

2. En relación con la actuación administrativa que se adelantó en contra de la accionante, la Sala Plena concluyó que no vulneró las garantías fundamentales toda vez que se produjo siguiendo las ritualidades procesales previstas en el ordenamiento legal. Sobre la presunta vulneración de los derechos de acceso al trabajo, mínimo vital, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, la sentencia SU-062 de 2019 coligió que la suspensión de actividades de la taberna Barlovento se produjo como consecuencia directa de las restricciones que la ley la ha impuesto al ejercicio del derecho a la libre empresa y, concretamente al ejercicio de la prostitución.

3. En la misma línea determinó que “las posibles consecuencias adversas de dicha suspensión, incluida la posible afectación de derechos subjetivos, no le son imputables a las entidades accionadas a título de vulneración de derechos fundamentales. Dos argumentos respaldan esta inferencia: (i) si bien es cierto que no existía una prohibición concreta en lo relacionado con el uso de suelo para el ejercicio de la prostitución, se insiste, porque la materia ni siquiera estaba regulada, también lo es que sí existía una incompatibilidad en cuanto a la localización del Establecimiento y, en consecuencia, un incumplimiento de las normas referentes al uso del suelo (infra núm. 4.2.1); y (ii) a la disposición constitucional contenida en el artículo 333 de la Constitución no es posible adscribir un derecho al libre ejercicio de la actividad empresarial de intermediación para actividades de prostitución y, mucho menos, un derecho fundamental a la regulación del suelo para su ejercicio (infra núm. 4.2.2.)”.[179]

4. Finalmente la providencia sostuvo que “de la ausencia de delimitación de los usos del suelo para actividades de alto impacto en el municipio de Chinácota, no se sigue, de manera necesaria, una prohibición para el ejercicio de la prostitución en dicha entidad territorial”[180]; ya que el ejercicio de la misma puede realizarse en una zona alejada del casco urbano de Chinácota o en el lugar en el tradicionalmente funcionó el establecimiento de comercio. En consecuencia, mal podría alegarse una vulneración de los derechos

fundamentales invocados.

El salvamento de voto

5. La anterior afirmación condensa la razón por la cual disiento de la postura mayoritaria, en mi criterio, arribar a la conclusión de que la ausencia de regulación no necesariamente implica la prohibición del ejercicio de la prostitución resulta contradictoria, ya que la omisión en la reglamentación da lugar a que no exista claridad sobre dónde podría ejercerse e, incluso, a una prohibición implícita, pues lo cierto es que no hay manera de que la actora cumpla el requisito legal del permiso de uso de suelos porque reglamentariamente no está previsto ese uso de alto impacto.

En esa medida, resulta contrario al principio de legalidad como expresión del debido proceso que la sentencia concluya que la actora bien podría desarrollar su actividad en otra zona alejada del casco urbano de Chinácota o en el parque principal donde tradicionalmente funcionó el establecimiento de comercio, porque ello significa que, en últimas, el funcionamiento del local quedaría sujeto al capricho de la administración municipal de turno, al no existir ningún acto administrativo que así lo prevea.

La decisión así, de manera no evidente, entiende que la prostitución como actividad no prohibida, debe ser invisibilizada y retirada a guetos, y no, en cambio, normatizada o sujeta a reglas como en cualquiera sociedad que no la haya prohibido. Para la mayoría, que el EOT de un municipio pequeño no regule las zonas aptas para actividades de alto impacto, es admisible, es decir, se entiende legítimo que una decisión municipal puede prohibir lo que el legislador no ha ilegalizado (pues, ¿qué concluir, si el CNPC –Ley 1802 de 2018—regula el ejercicio de dicha actividad?). Se llegó a hablar en el debate de que podría estimarse correcto una proclama municipal que dijera “Chinacota: municipio libre de prostitución”. Ello por supuesto, es inadmisibles en una democracia, pero además comporta una actitud por lo menos preocupante, pues, las prohibiciones por autoridades locales de lo que el constituyente o el legislador no han prohibido, abren enormes compuertas a la arbitrariedad.

6. De otra parte, considero que admitir la posibilidad de que un ente territorial omita reglamentar una actividad comercial legal bajo la idea de que no están obligados a hacerlo o porque no existe “un derecho fundamental a la regulación del suelo para su ejercicio”

[181], desconoce la jurisprudencia constitucional sobre la materia, pues no hay duda sobre la inexistencia de esa garantía superior pero hay evidencia de que las personas que ejercen la prostitución pertenecen a un grupo vulnerable que históricamente ha sufrido exclusión, de modo que la ausencia de regulación muchas veces -como en este caso- se traduce en un instrumento de discriminación.

7. Adicionalmente, estimo que la Corte no debió pasar por alto que a propósito de la audiencia pública solicitada por la Procuraduría General de la Nación y convocada por la Sala Plena, este Tribunal escuchó a entidades públicas y a expertos sobre el ejercicio de la prostitución y la problemática que existe alrededor del denominado «trabajo sexual», ya que en muchos casos, recrea escenarios de explotación sexual y múltiples formas de violencia y, en ese contexto, adoptar algunas medidas de protección para las personas que desarrollan esa actividad. Con la sentencia aprobada se ponen en duda los derechos de minorías centenariamente discriminadas, que reclaman amparo y protección.

La omisión de reglamentación de usos del suelo compatibles con el ejercicio de la prostitución

8. Conforme a la Constitución, la ley, los reglamentos y a la jurisprudencia de esta Corte, los entes territoriales tienen la trascendental competencia para regular el uso del suelo y, en tal virtud, ordenar su territorio estableciendo los usos del suelo y proyectando el desarrollo urbanístico, ambiental y económico de su localidad, ya que son esas instituciones las más cercanas a los pobladores locales y, en esa medida, se supone que la reglamentación pasa por reconocimiento de las necesidades y la realidad social de sus habitantes.[182]

Ello quiere decir que al ordenar el territorio, los municipios deben responder al contexto en el que se desarrolla la vida de la comunidad a la que representan, trazando el desarrollo urbanístico de la localidad con base en el reconocimiento de la realidad, por lo que resulta extraño que se expidan instrumentos como el Esquema de Ordenamiento Territorial -EOT- y se excluyan actividades que tradicionalmente se han desarrollado -y que no están prohibidas- como la prostitución.

9. Adicionalmente, el Decreto 4002 de 2004 permite que los entes territoriales actualicen o revisen su POT o EOT a efecto de fijar los lineamientos que deben guiar la

regulación de los usos del suelo ante casos particulares como el que ocupó a la Sala Plena, pues ese instrumento permite solucionar incompatibilidades en la distribución del territorio -v. g. mediante programas de relocalización- para armonizar el ejercicio de las competencias municipales con las necesidades de la población.

10. Sin embargo, durante el trámite de tutela el municipio de Chinácota se limitó a explicar que las normas de ordenamiento territorial de esa localidad no previeron una zona apta para el ejercicio de la prostitución, lo que en mi criterio -y contrario a la conclusión de la postura mayoritaria de la Sala Plena- deriva en que la obtención de la autorización de uso de suelos difícilmente estaría fundada en un criterio objetivo -normativo- sino subjetivo, al arbitrio de la autoridad de planeación, que estimaría si es conveniente o no, la presencia de la taberna en cualquier lugar.

11. A mi juicio, la omisión de regulación por parte del municipio contraría la finalidad de la Carta Política, que le asignó a los entes territoriales la potestad de organizar el uso de sus suelos porque es la autoridad más cercana a su comunidad, por tanto, conoce las necesidades de la localidad, el desarrollo y las actividades comerciales, turísticas, industriales, agropecuarias que desarrolla la población. En un Estado social de derecho, donde el municipio es la célula sobre la cual se funda la estructura administrativa de la nación, los EOT y POT se constituyen en un poderoso instrumento de desarrollo urbanístico y económico local, por lo que resulta inadmisibles que sus autoridades actúen no solo contrariando la norma -que no prohíbe expresamente las zonas de alto impacto sino que las regula- sino a las necesidades de su gente, máxime cuando se trata de una población pequeña como Chinácota, que apenas cuenta aproximadamente con 16.000 habitantes.[183]

12. En este contexto resulta preciso traer a colación que en la audiencia pública, el doctor Juan Felipe Pinilla, afirmó que en muchos contextos, la zonificación de usos del suelo ha sido un mecanismo que a la postre se convierte en un instrumento de exclusión, discriminación o estigmatización. Tal aseveración se encuentra en armonía con lo afirmado por la Defensora Delegada para Asuntos Legales y Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, quien señaló que bajo el pretexto de ejercer las potestades constitucionales en materia de ordenamiento territorial, los entes territoriales no puede infringir la ley o la Carta prohibiendo mediante instrumentos de ordenamiento territorial actividades lícitas -por

ejemplo, la prostitución libre y voluntariamente ejercida por mayores de edad es una actividad legal-.

13. Según mi punto de vista, la omisión en la reglamentación de ciertos usos de suelo como los destinados a la prestación de servicios sexuales, en la práctica, resulta discriminatorio y se traduce en una limitación al ejercicio de una actividad legal y en un déficit de protección a quienes la ejercen. En ese orden, estimo que la decisión debió encaminarse a proteger el derecho a la no discriminación y, en tal medida, ordenársele a la Alcaldía de Chinácota y al Concejo Municipal de esa localidad que actualizaran o modificaran el Esquema de Ordenamiento Territorial -EOT- del ente territorial, incluyendo una zona cuyo uso de suelos permitiera el desarrollo de actividades de alto impacto como la prostitución.

La prostitución en la jurisprudencia constitucional

14. La jurisprudencia vigente[184] ha sostenido que las personas en situación de prostitución son un grupo históricamente marginado, pues aunque se trata de una actividad permitida, lo cierto es que socialmente es vista como una conducta indeseada y reprochable. En decisiones anteriores la Corte[185] ha sostenido que los estereotipos negativos se asientan en el imaginario social, haciendo cada vez más difícil romper con la estigmatización, que a la postre, alberga escenarios de desprotección en distintos ámbitos, acentuando aún más su vulnerabilidad.

Es por ello que la jurisprudencia[186] ha insistido en que la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables como las personas en situación de prostitución, 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.[187]

15. Sobre la base de lo anterior, la Corte debió reconocer que la ausencia de reglamentación en el uso de suelos del municipio de Chinácota podía traer implícitamente una prohibición al ejercicio de la prostitución, como expresión de discriminación y, en tal sentido, era necesario reiterar que las personas que desarrollan dicha actividad son un grupo de especial protección constitucional y, por tanto, acreedores de acciones afirmativas encaminadas a superar la discriminación y a garantizar los derechos en condiciones de

igualdad, teniendo en cuenta los riesgos particulares del ejercicio de dicho oficio (v.g. enfermedades de transmisión sexual, violencia, embarazos no deseados y adicción al alcohol o las drogas).

16. Adicionalmente, es preciso traer a colación que en la audiencia pública de 16 de agosto de 2018, las intervinientes del tercer eje, así como los *amicus curiae* allegados al proceso, evidenciaron la preocupación mundial por el ejercicio de la prostitución en contextos complejos de explotación sexual, principalmente, en aquellos que se desarrollan a través de establecimientos comerciales y terceros que hacen las veces de intermediarios entre el cliente y la persona en situación de prostitución, que generalmente, es un sujeto vulnerable por razones de índole social, económico, étnico, político, etc. En ese orden, el aceptar la figura de la prostitución como un trabajo o una actividad mercantil, incentiva la industria del sexo, a partir de la cual se recrean contextos de explotación sexual, mayoritariamente, de las mujeres, lo cual perpetúa la discriminación histórica y la violencia de las que han sido víctimas.

17. En mi criterio, la Corte no debió pasar por alto esa realidad social y económica -conocida en la audiencia pública- que termina por agravar aún más las condiciones de vulnerabilidad de quienes desarrollan esta actividad, ubicando a las personas en situación de prostitución en la marginalidad y elevando los riesgos a los que se exponen por razón de su oficio. En atención a ello, debió adoptar medidas para asegurar que se ejerza en condiciones de seguridad y salubridad -independientemente de la zona donde se asienten por distribución de uso del suelo-.

18. En consecuencia, era necesario hacer un llamado los entes territoriales -y concretamente al municipio de Chinácota- para que al momento de crear las zonas para desarrollar la prostitución, lo hicieran bajo el tamiz de que se trata de un grupo de especial protección constitucional, merecedor de acciones afirmativas y de un trato digno e igualitario, por lo que el sector asignado debe garantizar el ejercicio del trabajo sexual en condiciones libres, dignas, igualitarias y seguras.

El mandato de igualdad no es un enunciado retórico[188], sino que es deber de las autoridades contribuir a su realización en los distintos ámbitos de la sociedad, incluyendo a los trabajadores sexuales y los establecimientos de comercio a través de los que se prestan

dichos servicios. En ese sentido, las autoridades deben ofrecer las mismas condiciones para garantizar el ejercicio de la prostitución de forma digna y segura, así como el cumplir las mismas restricciones administrativas, como las de estar alejados de zonas residenciales, acatar un horario, evitar que su actividad trascienda al espacio público y contar con condiciones óptimas para el desarrollo de su actividad, sin apartarlos de la vida en sociedad, ni discriminarlos por la actuación que realizan.

19. Finalmente, como se hizo evidente en la audiencia pública llevada a cabo dentro de este trámite, algunas personas llegan a desempeñar ese oficio acorraladas por su condición de vulnerabilidad, al no tener otra forma de solventar sus necesidades. De lo anterior, da cuenta “la Caracterización de personas que realizan Actividades Sexuales Pagadas en contextos de prostitución en Bogotá - 2017” [189] realizada por el Observatorio de Mujeres y Equidad de Género de Bogotá -OMEG- de la Secretaría Distrital de Salud, que evidencia la problemática social que encierra la prostitución mayoritariamente en los estratos 1 y 2, donde las personas -principalmente mujeres- se dedicaron a este oficio de manera libre y voluntaria, pero llevadas por la necesidad de sobrevivir, por falta de recursos económicos y oportunidades que les permitieran desarrollar otro proyecto de vida.

Por lo anterior, considero que la Corte debió hacer un llamado al Estado para que activara todos los mecanismos con que cuenta para ofrecer alternativas de vida a quienes se encuentran en este oficio, por no tener otra forma de subsistir y que quieren salir para dedicarse a otra profesión u ocupación, pues el estudio citado aporta razones empíricas - alejadas de cualquier connotación de índole moral- que permiten afirmar que existe un grupo poblacional para el que la prostitución no parecía ser un proyecto y una actividad económica deseable.

20. En síntesis, considero que el caso puesto a consideración de la Corte encerraba una cuestión que trascendía la discusión normativa sobre el uso del suelo en el municipio de Chinácota y, en tal medida, exigía de esta Corporación la adopción de órdenes complejas a fin de intervenir la problemática a la que se enfrentan las personas que ejercer actividades de alto impacto como la prostitución, a través de la creación de políticas públicas e incentivos que les permitan desarrollarla en condiciones seguras o un proyecto de vida diferente si así lo desean.

Apunte de cierre

21. Un país agobiado por problemas sociales de todo tipo, como Colombia, muchos de los cuales pasan por la discriminación y el olvido de las minorías, ve en la Corte Constitucional, el auténtico “Guardián de las promesas” que un día hizo la Constitución Política. El asunto puesto a la consideración de la Sala Plena inició como una discusión sobre los EOT y la determinación de zonas para ejercicio de actividades de alto impacto (en este caso para ejercer la prostitución), todo ello a propósito de la petición de una ciudadana –de Chinácota– que vendía licores y alquilaba cuartos para que personas en situación de prostitución, tuviesen relaciones sexuales.

Sin embargo, a propósito de una audiencia pública en que se examinó la relación entre el ordenamiento territorial y el ejercicio de la prostitución, pudo verse como la Corte debía ir más allá de observar el asunto como una mera cuestión de si había lugar a dar un permiso para abrir un negocio, o no.

22. Pero, por mor de la audiencia citada, enfrentada ahora la Corte al tremendo problema de tener que lidiar con la actividad de la prostitución –que en Colombia es una actividad no prohibida, sin que tampoco esté vedado legalmente su consumo– las discusiones devinieron en temas formales: “que no hay inmediatez”, “que no es procedente por subsidiariedad”, incluso que ¡era que la ponencia presentada se atrevía a postular –veladamente acaso– el proxenetismo como un derecho fundamental, porque la actora pedía un permiso para alquilar cuartos y que, concederle razón a ello equivalía entonces a erigir esa actividad en un derecho de esa naturaleza¡.

23. En fin: para mi tengo por cierto, que cualquier argumento al final vale, si de lo que se trata es el no asumir –siquiera fuera mínimamente– la inmensa y dolorosa problemática que aqueja a las personas en situación de prostitución. Y ello fue lo que al final se impuso, esto es, se ha hecho que lo fuerte fuera lo justo, para evocar al gran B. Pascal.

Así, asumiendo el problema en su epidermis, se le resolvió de manera formal. La ponencia que en su día el suscrito presentó, exhibió el tremendo problema de miles de personas en situación de prostitución, asaz vulnerables y compelidas por la fuerza de las circunstancias, a ese lamentable estado; pudieron los magistrados y magistradas escuchar en una audiencia convocada por el querer de la mayoría – y sin la aquiescencia inicial del ponente–

a una mujer que estuvo por años en esa actividad, y allí se vieron ver las huellas que en su alma dejó ese trajín indigno, al punto que lagrimas se vieron entre algunos asistentes.

24. Esa audiencia la convocó la Corte para tener mejores elementos de juicio y poder mejor proveer en el espinoso tema de la prostitución. Ha de recordarse que entonces todos los magistrados y magistradas, con entusiasmo concurrimos a escuchar las razones de tantos expertos y caras de satisfacción se vieron con tanta ilustración sobre la problemática. Entonces la Corte –ahora sí– tenía muy buenas y fundadas razones para enfrentar el tema que ahora se volvía capital: la prostitución y su regulación en Colombia, en particular, la regulación de su ejercicio de cara a los POT y EOT.

25. Pero para amargura propia y de otros colectivos –seguro– cuesta creer que en los tiempos en que la perspectiva de género se hace un imperativo en la administración de justicia, a la Corte aquellas discusiones no le hayan merecido un minuto del debate. Imperaba concluir si la señora accionante –a quien le sellaron su negocio– mejor iba al juzgado contencioso para discutir la legalidad del cierre, o acaso la tutela decaía por que la inmediatez no era preclara, o quizá discutir que no había en la peticionaria condición de vulnerabilidad o afectación de su mínimo vital y un largo etcétera, tal cual al final se acordó como ratio de la decisión.

26. Y con seguridad esa es la decisión correcta. Pero solo diré que, no obstante ello, la Corte apenas olvidó a los y las vulnerables, y creyó que invisibilizando su problema, resolvía de mejor manera. Como dije, enfrentados al tremendo problema que oscila entre el prohibicionismo o el reglamentarismo –que pasa incluso por la penalización del consumo, lo cual se demostró con documentos al día en la ponencia—al final se optó por decir que mejor convenía ahora la “corrección procesal” pues no era bueno que esta Corte “extrapolara” a otros temas (¡como la prostitución!) –¡vaya!—como si tal –el extrapolar– no hubiera sido la actitud que ha hecho importante, trascendente y protagónica a la Corte Constitucional colombiana en sus casi treinta años de existencia.

Incluso se dijo con pluralidad de opiniones, que los municipios en vez de regular el tema sobre las zonas para el ejercicio de actividades de alto impacto, podrían prohibir el ejercicio de la prostitución, esto es, simplemente NO REGULAR en el EOT la existencia de esas zonas. En los tiempos del perfeccionismo ético estas aseveraciones se vuelven mar pero a mí,

quizá por un renegado perfeccionismo de liberal en desuso, particularmente sí me preocupan que se antepongan en discursos constitucionales democráticos.

27. Es que si no hubiera sido esa actitud de la Corte -la de extrapolar- una actitud al orden del día, permanente, siempre presente y siempre viva, entonces el aborto con solución de indicaciones, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la salud como derecho fundamental y no una mera adscripción a la vida, etc., entre otros temas gruesos, permanecerían guardados tras los herrumbrosos candados de los argumentos monásticos, lejos del foro y del debate.

Por ahora los colectivos vulnerables de mujeres (y también hombres) en situación de prostitución, arrojados a las periferias y carreteras sometidas a toda suerte de vejámenes, violencias y explotaciones, seguirán a la espera de que alguien vuelva sus ojos sobre sus miserias y sus problemas. Por ahora parece que lo importante es que las reglas procesales se cumplan a rajatabla. Por lo menos eso.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU062/19

ACTIVIDAD COMERCIAL DE CASAS DE PROSTITUCION FRENTE A LA DESTINACION DEL SUELO-Se debió pronunciar sobre la vulnerabilidad y amenaza de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales (Salvamento parcial de voto)

TRABAJADORAS SEXUALES-Excluidas e invisibilizadas (Salvamento parcial de voto)

Me aparto parcialmente de la decisión de la mayoría de la Sala porque en el presente caso la Corte decidió analizar únicamente el problema relativo a la legalidad de la decisión adoptada por la Alcaldía, dejando de lado la protección de los derechos fundamentales de

las trabajadoras sexuales de dicho municipio, invisibilizando su situación de vulnerabilidad y contribuyendo de esta manera a perpetuar el contexto de exclusión en el que se encuentran.

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Excluidas e invisibilizadas

Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Corte, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia SU-062 de 2019. Si bien comparto la decisión negar el amparo a los derechos fundamentales de la accionante, estimo que la Corte debió pronunciarse sobre la problemática de fondo que planteaba el presente caso, esto es, la situación de vulnerabilidad y amenaza a los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales del municipio de Chinácota. A pesar de que estas circunstancias eran un hecho conocido por este Tribunal durante todo el trámite del proceso de tutela, la Corte limitó su actuación como juez constitucional garante de derechos fundamentales.

1. En el presente caso, la Sala analizó la tutela interpuesta por Nelcy Esperanza Delgado Ramírez en contra del municipio de Chinácota y la Inspección de Policía de este Municipio. La actora sostuvo que estas entidades habían vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, al ordenar la suspensión temporal de actividades de la Taberna Barlovento, lugar en el que se ejercen actividades de prostitución y del cual es propietaria, por no contar con autorización de la Secretaría de la Planeación Municipal para su funcionamiento debido a que el establecimiento se encontraba ubicado en una zona residencial. La Sala Plena resolvió negar el amparo con fundamento en que la actuación de las entidades accionadas fue respetuosa del debido proceso y estuvo fundamentada en las limitaciones legales relativas a la incompatibilidad de ciertos usos del suelo con la actividad comercial que ejercía la señora Delgado Ramírez.

2. La Sala Plena tuvo conocimiento de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban las trabajadoras sexuales en el municipio de Chinácota a través de distintas fuentes y en diferentes momentos del proceso de tutela. En efecto, en la audiencia pública llevada a

cabo el 16 de agosto de 2018 el Inspector de Policía de Chinácota señaló que la casa donde funcionaba la Taberna Barlovento “no tenía las condiciones sanitarias para prestar servicios sexuales, los colchones estaban muy viejos, las habitaciones no tenían baño, las habitaciones de por sí eran muy pequeñas, entonces la Coordinación Municipal de Salubridad le hizo una recomendación, que arreglara las condiciones”. Sobre las trabajadoras sexuales que allí prestaban sus servicios agregó: “no tienen un buen salario, les pagan como quieren, les retienen dinero”, corroborando así lo señalado por él en la contestación de la acción de tutela, en donde había afirmado que el inmueble donde funcionaba la taberna amenazaba a ruina. Además, en las visitas realizadas por la Inspección de Policía, se había constatado la presencia de varias trabajadoras sexuales venezolanas. Por su parte, la accionante, propietaria de la taberna Barlovento, sostuvo en dicha audiencia que no tenía ningún tipo de contrato con las mujeres que allí prestaban servicios sexuales, las cuales, en su mayoría, eran madres cabeza de familia. Así mismo, la Alcaldesa de Chinácota indicó que se había ordenado el cierre de la mencionada taberna, entre otras razones, porque el lugar era una casa muy pequeña donde prestaban sus servicios alrededor de 13 o 15 trabajadoras sexuales, sobre las que señaló: “están en una situación de vulnerabilidad en la que se violan los derechos de estas mujeres”. En el mismo sentido, la representante de la Defensoría del Pueblo aseguró que dicha entidad había realizado dos visitas a la taberna Barlovento en las que pudo corroborar que las trabajadoras sexuales no tenían contrato de trabajo ni ningún tipo de servicio en materia de salud y algunas de ellas eran venezolanas. Agregó que estas mujeres manifestaron ser madres cabeza de familia con tres o hasta seis hijos y que se veían obligadas a ejercer la prostitución debido a su difícil situación socioeconómica. Además, no conocían de ofertas de trabajo o políticas públicas de la Alcaldía Municipal que les permitieran ejercer otro oficio.[190]

3. En consecuencia, en casos como el presente, en los que el juez constitucional constata una amenaza o vulneración de derechos fundamentales, es su obligación manifestarse y adoptar las medidas necesarias para conjurar esta situación. El juez de tutela no puede ser un espectador pasivo e indiferente ante problemáticas evidentes en las que están en juego derechos fundamentales, en especial cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional por sus circunstancias de vulnerabilidad, como sucede con las mujeres que se ven obligadas a ejercer la prostitución frente a la ausencia de otras alternativas.

3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela tiene como función principal la real defensa y efectiva protección de los derechos fundamentales, por lo que “al juez le corresponde tomar en cuenta los fundamentos jurídicos que contribuyen a resolver los problemas jurídicos que se le ponen de presente, así como la realidad que le muestran las situaciones que le corresponde resolver”.^[191] Por tanto, en estos procesos “la labor del Juez es impulsar el proceso tutelar y averiguar no sólo todos los hechos determinantes, sino los derechos cuya afectación resulte demostrada en cada caso”.^[192] Sobre el particular ha señalado la Corte:

“deben los jueces de tutela y esta Corte en funciones de revisión de los fallos correspondientes, adentrarse en el examen y en la interpretación de los hechos del caso, con el fin de encontrar la esencia y la verdadera naturaleza de la situación jurídica puesta en conocimiento de la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales, para efectos de asegurar la más cabal protección judicial de los mismos y la vigencia de la Carta en todos los eventos en los que se reclame su amparo por virtud del ejercicio de la Acción de tutela”.^[193]

3.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los trabajadores sexuales son un grupo tradicionalmente discriminado y marginado en razón de la actividad que ejercen, de la cual se derivan estereotipos negativos y estigmatizaciones que los han invisibilizado y excluido de la sociedad, razón por la cual merecen una especial protección constitucional. Por lo tanto, en casos similares al presente, la Corte ha protegido los derechos fundamentales de esta población y ha ordenado diversas medidas encaminadas a respetar su dignidad y a generar espacios que ofrezcan oportunidades alternativas.^[194]

3.3. De manera similar, esta Corte ha indicado que los migrantes venezolanos en nuestro territorio son sujetos de especial protección constitucional. En efecto, “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. Y, además, debido a que actualmente muchos departamentos y municipios del País enfrentan una crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional”.^[195]

3.4. Por lo anterior, era un deber de la Sala Plena pronunciarse sobre la problemática evidenciada, consistente en las condiciones en que se ejerce la prostitución en el Municipio de Chinácota y la amenaza a los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales de dicho Municipio, teniendo en cuenta que estaban de por medio los derechos de un grupo históricamente discriminado y marginado que debe ser especialmente protegido por el juez constitucional, del que además hacían parte mujeres migrantes venezolanas que, debido a su situación de vulnerabilidad, demandan una especial atención del Estado, tal como sí lo había hecho la Sentencia T-073 de 2017, anulada en el presente proceso de tutela mediante Auto 449 de 2017.[196] La Corte omitió su labor de garante de los derechos fundamentales, pues era su tarea en este caso contribuir a romper los ciclos de violencia, marginación y discriminación que pesan sobre estas mujeres.

4. En suma, me aparto parcialmente de la decisión de la mayoría de la Sala porque en el presente caso la Corte decidió analizar únicamente el problema relativo a la legalidad de la decisión adoptada por la Alcaldía de Chinácota que ordenó el cierre de la Taberna Barlovento, dejando de lado la protección de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales de dicho municipio, invisibilizando su situación de vulnerabilidad y contribuyendo de esta manera a perpetuar el contexto de exclusión en el que se encuentran.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en la presente decisión.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU062/19

Referencia: Expediente T-5.872.661

Acción de tutela interpuesta por NELCY ESPERANZA DELGADO RAMÍREZ en contra del municipio de CHINÁCOTA (Norte de Santander) y la INSPECCIÓN DE POLICÍA DE CHINÁCOTA.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión que adoptó la Sala Plena en sesión del 14 de febrero del 2019, en la cual se profirió la Sentencia SU-062 de 2019.

2. La providencia, después de estudiar la procedibilidad de la acción de tutela y de concluir que superaba tal análisis por falta de idoneidad en los medios regulares, determinó que las autoridades demandadas no desconocieron las garantías al debido proceso de la accionante ni tampoco los derechos al trabajo (en conexión con la de mínimo vital), al libre desarrollo de la personalidad (en relación con la de libertad de empresa) y a la igualdad, pues las decisiones cuestionadas tenían sustento constitucional, por la incompatibilidad de los usos del suelo con la actividad de la accionante.

3. Aun cuando comparto plenamente lo adoptado considero importante precisar que al margen de que en el caso concreto no había lugar a conceder la tutela por no existir vulneración de los derechos invocados por la accionante, ha debido reiterarse el deber del Estado de intervenir mediante la regulación y la vigilancia de la actividad de prostitución con el fin de verificar que se preste en condiciones de voluntad y dignidad, que se cumplan las normas de salubridad y las obligaciones de orden laboral establecidas en Código Sustantivo del Trabajo y demás normas aplicables, así como, formular políticas públicas que ofrezcan alternativas de trabajo para los trabajadores sexuales, como lo ha señalado de manera sostenida la Corte Constitucional.

A continuación reitero las consideraciones que realicé en la Sentencia T-594 de 2016 que, a su vez, reiteraron lo dicho en la Sentencia T-736 de 2015 y explican la situación de los

trabajadores sexuales y el particular alcance de sus derechos a la igualdad y a la dignidad, como sujetos de especial protección constitucional. A mi juicio, esas consideraciones cobran especial relevancia en este proceso y ese acercamiento fundamenta mi aclaración de voto.

Los trabajadores sexuales, la igualdad y la dignidad. Reiteración de jurisprudencia[197].

4. La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones precisas: La primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material, mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “por su condición económica, física o mental”. La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

5. Como se reconoció en las Sentencias T-629 de 2010[198] y T-736 de 2015[199] los trabajadores sexuales son un grupo marginado y discriminado lo cual los sitúa en una condición de debilidad manifiesta que merece una especial protección constitucional. A esa conclusión llegó la última decisión después de identificar el contexto social, político, económico y legal del grupo para verificar que su situación en todos esos ámbitos era la consecuencia de una selección y una omisión de exclusión que los situaba en una circunstancia de inferioridad o subordinación en la sociedad. Dada la relevancia de esas consideraciones se reiteran a continuación in extenso.

6. Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material. Es necesario enfatizar que existe una diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así como de contextos de vulnerabilidad socioeconómica, y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros.

Las conductas de explotación sexual, trata de personas, inducción a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores de edad, demanda de explotación sexual comercial de niños, niñas o adolescentes, pornografía con menores de 18 años, turismo sexual, prostitución de menores de 18 años y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, se encuentran penalizadas en Colombia, con el objetivo legítimo y deseable de suprimir y perseguir estas actividades ilegales y vulneratorias de derechos humanos[200].

La penalización de estas conductas es coherente con diversos tratados de derecho internacional[201] y con Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas[202], que han establecido obligaciones para los Estados consistentes en proteger a las personas de la trata y explotación, fenómenos que vulneran la dignidad de las personas, la libertad y la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otros derechos fundamentales.

7. En contraste el trabajo sexual que no está prohibido en Colombia, es decir, la prostitución por cuenta propia o por cuenta ajena -a partir del ejercicio de la voluntad libre y razonada, y la actividad comercial de las casas de prostitución-, no se encuentran penalizadas en Colombia[203]. Sin embargo, la prostitución es una actividad que reviste de estigma y prejuicios a las personas que la ejercen por voluntad, lo cual tiene como efectos la discriminación y la afectación de la dignidad de algunas de las personas que la ejercen.

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

La prostitución es definida como “la prestación de un servicio sexual por el cual se recibe

una retribución económica y cuyo intercambio permite una ‘negociación y ejercicio de servicios sexuales remunerados’.”[204] La valoración moral de la actividad, ha partido del reproche social a las relaciones sexuales en las que no medie un compromiso afectivo, no se tenga el objetivo de la reproducción, y en las que se dé una contraprestación económica, sin importar si hay voluntad en dicha transacción[205]. Históricamente, la prostitución ha tenido una cara visiblemente más femenina, pues son las mujeres que ejercen la prostitución, quienes han sido excluidas de la sociedad, por ejercer una actividad irregular y vergonzosa. Entonces, el trato hacia quienes ejercen esta actividad se ha fundamentado en conceptos de inferioridad y subordinación. No obstante, sólo a las mujeres, o a la parte activa del trabajo sexual, se le ha reprochado de esa forma, no a quien busca o compra los servicios.

En este sentido, los estereotipos negativos pueden ser fundamento de la discriminación o marginación de grupos. La asignación de estereotipos responde muchas veces a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, y generan una desventaja que tiene un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen con unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo[206].

Ahora bien, la atribución de características o visiones generalizadas hacia un grupo como estereotipos, pueden constituir prejuicios, que a su vez generan discriminación, más cuando constituyen omisiones en el ejercicio de la autoridad o marcan el razonamiento de la intervención del Estado. Estas prácticas contribuyen a la subordinación del grupo en la sociedad, y hacen a las personas que lo componen invisibles para el Estado, quien está obligado a proteger sus derechos como seres humanos. Tal y como se evidencia en la jurisprudencia de esta Corporación, la evaluación moral de la prostitución se ha desprendido de un patrón de valoración cultural que ha tendido a menospreciar a quienes ejercen tal actividad. Este acercamiento, que responde a estereotipos negativos, ha generado una visión de un menor valor hacia estas personas, a partir de la estigmatización.

En efecto, este Tribunal en su jurisprudencia[207] ha recogido algunos de los pronunciamientos de diferentes foros sobre prostitución en Bogotá que dan cuenta de la desprotección histórica de los trabajadores sexuales en relación con sus condiciones laborales, y de los estereotipos que conlleva su oficio, los pone en situación de discriminación y los hace vulnerables a ser víctimas de violencia, por ejemplo: i) considerar que estas personas nunca pueden sufrir violencia sexual; y ii) no pueden ser buenas madres o padres[208].

8. En suma, es claro que la prostitución ha estado revestida de estereotipos como que las personas que la ejercen, no son dignas, no son morales, y que su medio de subsistencia debe ser excluido de la sociedad para invisibilizar realidades indeseables, pues van en contra del valor de la familia tradicional, el matrimonio y la monogamia. Así, el rechazo que genera la prostitución ha sido enfocado a la vergüenza por el uso del cuerpo y del sexo como medio de subsistencia y generación de ingresos, pero también parte de una asignación de roles tradicionales donde se presumía que los hombres no podían ser reprochados por acceder a servicios sexuales, pues ellos no podían controlar sus impulsos, mientras que las mujeres sí eran objeto de censura, por lo que el reproche se dirigía hacia la prostituta, no al cliente ni a la prostitución. Estos estereotipos alrededor del ejercicio del trabajo sexual han contribuido de forma determinante a la exclusión y marginación de los trabajadores sexuales. Por lo tanto, la determinación de la actividad sexual como excluida del reconocimiento de la actividad laboral y de su protección en razón a estereotipos, ha generado una discriminación para los trabajadores sexuales, que perpetúa las bases de su desigualdad en la sociedad.

9. La segunda fuente de discriminación, la legal, se encuentra en la omisión del Estado de regular el trabajo sexual lícito de forma específica, para reconocerlo bajo la protección del derecho al trabajo o a la protección de la persona que lo ejerce, sin menosprecio de su condición y su vulnerabilidad. En general, la prostitución y la actividad económica de las casas de lenocinio han sido reguladas mediante (i) normas urbanísticas de uso del suelo, que determinan las zonas de tolerancia las cuales son incompatibles con las zonas residenciales e instituciones educativas[209]; y (ii) regulaciones generales de Policía, que tienen el objeto de proteger la salud pública.

No obstante, si bien estas actividades están permitidas y han sido reguladas en los aspectos

mencionados, también existe un claro deber para el Estado Colombiano de prevenir la prostitución, disminuir sus efectos nocivos y en los términos del antiguo Código Nacional de Policía “facilitar la rehabilitación de la persona prostituida”[210]. El Código también determinaba la facultad de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales de reglamentar la actividad[211].

El nuevo Código Nacional de Policía, Ley 1801 de 2016, que entró en vigencia en enero de 2017, se aparta de la visión rehabilitadora y reconoce que “las personas en situación de prostitución se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad para ser víctimas de trata de personas, explotación sexual o feminicidios, todas formas de graves violencias de género contra población tradicionalmente discriminada”[212]; impone el deber para los establecimientos donde se ejerce la prostitución de “tratar dignamente a las personas que ejercen la prostitución, evitar su discriminación o rechazo y la violación de sus derechos a la libre movilización y al desarrollo de la personalidad”, entre otras obligaciones relacionadas con la salud pública y la disminución de los efectos nocivos de la actividad. Cabe resaltar que prohíbe “actos sexuales o exhibicionistas en la vía pública o en lugares expuestos a esta” y el ejercicio del trabajo sexual por fuera de las zonas que lo permiten, las cuales no pueden estar alrededor de ningún tipo de centro de salud, educativo o religioso[213].

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha mantenido su posición de considerar que existen deberes del Estado de reducir los efectos nocivos de la prostitución, pero ha evolucionado al desprenderse de la visión calificadora (generalmente estigmatizante o señaladora) de la prostitución como una actividad indigna, para establecer la protección del derecho al trabajo en el ejercicio del oficio sexual lícito por cuenta propia o ajena, a partir de la determinación de las personas que realizan esta actividad como sujetos de especial protección constitucional[214].

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

Este panorama muestra que la omisión de regulación planteada, tanto para el trabajo

sexual ejercido por cuenta propia, como por cuenta ajena –a partir de la voluntad libre y razonada-, ha tenido como efecto la exclusión de este grupo de las garantías laborales. Por lo tanto, las personas que ejercen la prostitución en cualquiera de sus modalidades lícitas no tienen acceso a la protección de los derechos a la salud, y a la seguridad social, situación que perpetúa su exclusión. Si bien el deber del Estado respecto de la eliminación de los efectos nocivos de la prostitución es legítimo y deseable, este único acercamiento a la misma ha dejado desprotegidas a las personas que ejercen la actividad, al ser despojadas de todo trato jurídico que proteja las condiciones laborales[215].

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

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

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

13. De otra parte, el trabajo sexual no es una actividad heterogénea, pues también

se distingue por niveles socioeconómicos. No obstante, es innegable que la mayor parte del trabajo sexual surge de condiciones de vulnerabilidad, y tiene su origen en la falta de oportunidades de quienes la ejercen[216]. Adicionalmente, el estigma que se desprende de la actividad no es compartido por todos los que participan, sino que lo soportan los trabajadores sexuales, quienes además asumen la mayoría de los riesgos. Tanto el estigma como los riesgos son mayores cuando el trabajo sexual se ejerce en las escalas más bajas de la actividad económica. En este sentido, las zonas de tolerancia marcan una estratificación del trabajo sexual pues la ubicación geográfica es determinante para el valor de los servicios que se prestan. Así, en las zonas de tolerancia, el tipo de trabajo sexual que se da es el que se encuentra en los niveles más bajos en la escala de la actividad económica, por cuenta propia o por cuenta ajena[217].

14. En conclusión, los trabajadores sexuales reúnen las características para ser identificados como un grupo discriminado y marginado en razón a su actividad, que merece una especial protección constitucional. En efecto, se trata de un grupo social, que tiene una identidad como tal, pues quienes ejercen el trabajo sexual se reconocen como parte de esa actividad, y su estatus en la sociedad se marca a partir de esa identificación. Las referencias al trato que se le ha dado al trabajo sexual por el derecho dan cuenta de la desprotección legal en la que se encuentra el grupo. Entonces, el trato dado por el derecho y los estereotipos que informan la actividad los ha puesto en una posición inferior a los demás en la sociedad, que ha partido del acercamiento a dicha actividad como indigna, y en esa medida ha asignado al Estado el único deber con las personas que la practican de conseguir su rehabilitación.

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

15. En mi concepto, el trabajo sexual es una realidad que está presente en todos los países del mundo sin importar el marco regulatorio que hayan adoptado y las condiciones

en las cuales se ejerce pueden ser devastadoras y violatorias, especialmente, de los derechos a la igualdad y a la dignidad de estas personas. Por ello, considero que la solución no puede ser invisibilizar esa realidad, sino por el contrario revestir a los trabajadores sexuales de las mayores protecciones posibles. Como lo dije, es indudable que una gran parte de esa actividad se hace con coerción y bajo graves circunstancias de discriminación, a lo cual se suma el elemento de género, pues es una actividad que principalmente realizan las mujeres. En el punto de la coerción, reitero que el Estado debe utilizar todas las herramientas a su alcance para prevenir y erradicar esas situaciones que, por lo demás, son delitos.

De otra parte, en el contexto de la prostitución legal, también es cierto que la mayoría de las veces el fundamento para decidir ejercer tal actividad se relaciona con el contexto socioeconómico y la falta de oportunidades. De este modo, el acercamiento al trabajo sexual siempre debe considerar la discriminación interseccional. Al margen de lo anterior, no puedo afirmar bajo ninguna circunstancia que las condiciones socioeconómicas hacen que las personas no tengan autonomía en su voluntad para tomar decisiones. Por ello, reitero que no es una falacia afirmar que una proporción de las personas que ejercen esta actividad lo hacen legalmente en ejercicio de su voluntad, es decir, dentro del marco legal que no considera delito la prostitución.

No obstante, considerar que existe el trabajo sexual no omite que el Estado, con fundamento en el artículo 13 superior, tiene la obligación de reconocer la dimensión social de las personas que ejercen esta actividad y sus condiciones de vulnerabilidad para protegerlas y garantizar sus derechos. Por esa razón deben existir políticas de gobierno nacionales, regionales y locales que tengan como prioridad la generación de alternativas de capacitación y laborales para quienes ejercen la prostitución.

16. En mi concepto, el anterior marco constitucional hacía imperativo que la Sentencia SU-062 de 2019, al margen de la decisión adoptada, abordara la discriminación que viven los trabajadores sexuales y ordenara a la Alcaldía de Chinácota que estableciera una política pública para la protección integral y la generación de oportunidades para las personas que ejercen la prostitución. Así mismo, tal obligación también impone el deber de prevenir condiciones discriminatorias en su ejercicio, por lo cual, se debía ordenar la vigilancia en la garantía del cumplimiento de las normas de salubridad y las obligaciones de

orden laboral establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo. Finalmente, también considero que se debió reiterar la orden adoptada en la Sentencia T-594 de 2016 de exhortar la Ministerio de Trabajo a elaborar “una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos establecidos en esta decisión y en las Sentencias T-629 de 2010 y T-736 de 2015, que priorice la adopción de medidas que protejan a esta población en el campo laboral y que cuente con la participación de sus representantes”.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a aclarar mi voto en relación con la omisión de reiterar el deber del Estado de intervenir en la regulación y vigilancia del trabajo sexual con el fin de proteger a las personas que ejercen tal actividad y que son sujetos de especial protección constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Los cuadernos que integran el expediente de tutela fueron allegados al despacho del magistrado ponente, por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional, con el contenido de que da cuenta la constancia secretarial que obra en el folio 233 del cuaderno del incidente de nulidad tramitado ante esta Corte (en adelante Cdno. 5).

[2] La Sala de Selección fue integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, según consta en el auto obrante en los folios 2 a 10 del Cuaderno de revisión (en adelante Cdno. 4).

[3] Las pruebas aportadas al expediente no permiten tener certeza sobre tal condición.

[4] Fl. 25, Cdno. 1.

[5] Fl. 26, Cdno. 1.

[7] Fl. 35, Cdno. 1.

[8] Fl. 33, Cdno. 1.

[9] Fl. 2, Cdno. 1.

[10] Fl. 61, Cdno. 1.

[11] Fl. 62, Cdno. 1.

[12] En la demanda de tutela la accionante tampoco informa que hubiere asistido a la Inspección de Policía.

[13] Radicado No. 6010 del 25 de noviembre de 2015.

[14] Fl. 2, Cdno 1.

[15] Fl. 76, Cdno. 1.

[16] Fl. 76, Cdno. 1.

[17] Fl. 63, Cdno. 1.

[18] Fl. 64, Cdno. 1.

[19] Ibíd.

[20] Ibíd.

[21] Fl. 65, Cdno. 1.

[22] Ibíd.

[23] Fl. 67, Cdno. 1.

[24] La decisión fue notificada personalmente a la accionante el 8 de febrero de 2016 (fl. 68, Cdno. 1).

[25] Fl. 72, Cdno. 1.

[26] Mediante la Resolución No. 090 del 8 de abril de 2016, la alcaldesa del municipio de Chinácota aceptó el impedimento y nombró al Inspector Rural del municipio como Inspector

ad hoc en el caso (fl. 134, Cdno. 1).

[27] Fls. 138 a 140, Cdno. 1.

[28] La decisión fue notificada mediante estado del 14 de abril de 2016 (fl. 141, Cdno. 1).

[29] Fl. 139, Cdno. 1.

[30] Fls. 144 a 147, Cdno. 1.

[31] Fl. 145 (vto.), Cdno. 1.

[32] Fl. 146 (vto.), Cdno. 1.

[33] Fl. 146, Cdno. 1.

[34] Fl. 151, Cdno. 1.

[35] Fl.38, Cdno. 1.

[36] Fl. 9, Cdno. 1.

[37] Fl. 6, Cdno. 1.

[38] Fl. 7, Cdno. 1.

[39] Fls. 43 a 46, Cdno. 1.

[40] Fl. 56, Cdno. 1.

[41] Ibíd.

[42] Fl. 57, Cdno. 1.

[43] Fls. 161 a 172, Cdno. 1.

[44] Fls. 13 a 17, Cdno. 4.

[45] La intervención de la ONG PARCES reposa en los folios 65 a 70 del Cuaderno 4.

[46] Intervinieron las universidades Externado de Colombia (fls. 75 a 80, Cdno. 4) y Pamplona (Fls. 84 a 87, Cdno. 4).

[47] Fl. 128, Cdno. 4.

[48] *Ibíd.*

[49] Fl. 124 (vto.), Cdno. 4.

[50] Fl. 125, Cdno. 4.

[51] Ver el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia T-073 de 2017.

[52] Fls. 131 a 143, Cdno. 5.

[53] Fl. 142, Cdno. 5.

[54] Fl. 142 (vto.), Cdno. 5.

[55] Página 37 del Auto A-144 de 2012.

[57] Página 24 del Auto 449 de 2017.

[58] Fl. 156, Cdno. 5.

[59] Fls. 161 a 164, Cdno. 5.

[60] Las partes remitieron memoriales obrantes en los folios 179 a 184 y 186 a 96 del Cuaderno 4.

[61] Fl. 171, Cdno. 5.

[62] Fl. 196 (vto.), Cdno. 5.

[63] En la diligencia judicial intervinieron, por un lado, las partes del proceso; por el otro, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y, por último, los abogados Augusto Hernández Beccera, Héctor Santaella y Juan Felipe Pinilla, la psicóloga Liliana Forero Montoya, la antropóloga Drisha

Fernández y la profesional Claudia Quintero.

[64] Fl. 232, Cdno. 5.

[65] El expediente pasó al despacho hasta el 4 de marzo de 2019, según consta en el informe obrante en el folio 233 del cuaderno 5 del expediente de tutela de la referencia.

[66] Con relación a este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, regulan la materia.

[67] Fls. 86 a 96, Cdno. 5.

[68] Fl. 93, Con. 5.

[69] La jurisprudencia constitucional ha precisado que la legitimidad de la agencia oficiosa se justifica en tres razones: (i) la efectividad de los principios y derechos fundamentales (art. 2 C.P); (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 C.P); y (iii) el principio de solidaridad (art. 95 C.P). Este criterio fue expuesto en la sentencia T-372 de 2010 y reiterado en la T-1075 de 2012.

[70] Ver, entre otras, las sentencias T-540 y T-551 de 2006, T-439 y T-816 de 2007, T-647 de 2008, T-902 de 2010, T-551, T-619, T-723 de 2014 y T-868 de 2014, T-325, T-525, T-680 y T-697 de 2016, T-116 y T-488 de 2017 y T-379 de 2018.

[71] *Ibíd.*

[72] Sentencia T-343 de 2018.

[73] Fl. 1, Cdno. 1.

[74] *Ibíd.*

[75] La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como *prima facie*, pues su

valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. Cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010, T-060 de 2016 y SU-391 de 2016.

[76] Según estas disposiciones, la acción satisface esta exigencia en caso de que no existan medios judiciales de defensa disponibles o, de existir, si resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la impostergable actuación del juez de tutela.

[77] Según el numeral 3º del artículo 105 del CPACA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conoce de “[l]as decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”. El Consejo de Estado ha mantenido una postura uniforme en el sentido de que en materia de actuaciones de policía la regla general es que culminan con la expedición de actos administrativos y solo en aquellos casos en los que las autoridades dirimen una controversia entre dos partes en conflicto, previo un trámite regulado en la ley, se está en presencia de un juicio de policía, este sí excluido de su control jurisdiccional. En tal sentido, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Primera: del 4 de mayo de 1995 (3031) y del 5 de diciembre de 2002 (5507); de la Sección Tercera: del 13 de septiembre de 2001 (12915), del 8 de marzo de 2007 (15883) y del 29 de julio de 2013 (27088); de la Sección Quinta: del 22 de enero del 2015 (11001-03-15-000-2013-02588-01) y del 5 de abril de 2018 (05001-23-31-000-200302704-01). En similares términos se pronunció la Sala Plena en auto del 3 de mayo de 1990 (5911).

[78] En el folio 6 del cuaderno número 1 se lee: “[l]a omisión de regulación y de una vigilancia e intervención mayor del Estado con el objetivo de proteger a los trabajadores sexuales se ha extendido a la actividad económica de los establecimientos de comercio de las casas de prostitución. En ese sentido, la omisión de protección, vigilancia e intervención

en la actividad económica tiene un impacto directo en el goce de los derechos de los trabajadores sexuales como una población vulnerable que no se puede desconocer”.

[79] Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

[80] Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

[81] Sentencia T-688 de 2014.

[82] Cfr., sentencias T-497 de 2005, T-888 de 2009 y T-295 y T-418 de 2018.

[83] Cfr., sentencias T-365 de 1997 y T-852 de 1999.

[84] Cfr., sentencias T-391 de 1997, T-1214 de 2004 y T-057 de 2005.

[85] Cfr., sentencia T-359 de 1997.

[86] Cfr., sentencias T-917 de 2006, T-956 de 2013 y T-627 de 2016.

[87] Cfr., sentencias C-034 de 2014 y T-079 de 2015.

[88] Cfr., sentencias T-020 de 1998 y T-236 de 2018.

[89] Cfr., sentencias T-238 de 1996, T-051 de 1999 y T-566 de 2008.

[90] Cfr., sentencias T-433 de 2011 y T-688 de 2014.

[91] Esta carga constituye una garantía de mayor importancia para los destinatarios del procedimiento administrativo, en la medida en que estos pueden conocer las razones en las que se fundamentan las autoridades públicas al adoptar decisiones que afecten sus intereses. Cfr., sentencias C-734 de 2000 y T-991 de 2012.

[92] “ARTÍCULO 72. Aviso al funcionario del conocimiento. Dentro de las doce horas siguientes a la del recibo de la denuncia, o a la del conocimiento del hecho, la Policía Judicial dará actuación al funcionario en el estado en que se encuentre”.

[93] De esto dan cuenta el informe policial elaborado el 2 de agosto del año 2015, así como la orden de comparendo que data del día anterior, que obran en los folios 47 y 48 del

cuaderno 1 del expediente de la referencia, en los que se señala que la accionante fue citada a comparecer ante el Inspector de Policía de Chinácota por no contar con la “documentación reglamentaria” para el funcionamiento del Establecimiento. La accionante, según lo que se observa en el documento, firmó la orden de comparendo y, en consecuencia, se puede concluir que conoció de la primera citación ante la Inspección. Luego, para dar cumplimiento a la citada orden, tal como se indicó en el resumen fáctico de esta providencia (supra núm. 1 del acápite de I. Antecedentes), el 25 de noviembre de 2015 la accionante se presentó ante el Inspector de Policía aportando los documentos que, en su criterio, eran necesarios para continuar con el funcionamiento del Establecimiento.

[95] Por la cual se suspendió temporalmente el funcionamiento de la Taberna Barlovento (el Establecimiento).

[96] El artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 establece: “[c]ontenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”.

[97] Artículo 74 de la Ley 1437 de 2011. Recursos procedentes contra los actos administrativos.

[98] Es de anotar que el 19 de febrero de 2016 la accionante remitió a la Secretaría de Planeación del municipio de Chinácota la “comunicación apertura de establecimiento de comercio”, a la que adjuntó la documentación con la que contaba y con la que presuntamente daba cumplimiento a las exigencias normativas para que el Establecimiento funcionara de manera regular (la fecha de recibo del documento es del 23 de febrero de 2016, fl. 88, Cdno. 1).

[99] Ibid.

[100] Las pruebas documentales obrantes en los folios 62, 63, 68, 69, 149 y 151 del cuaderno 1 del expediente de tutela dan cuenta de que la accionante y su apoderado (según el caso) fueron notificados del inicio del trámite policivo, del operativo de visita al Establecimiento, de las Resoluciones Nos. 2016-009 del 5 de febrero y 241.02 del 12 abril

de 2016, dictadas por la Inspección de Policía y de la Resolución No. 175 del 13 de junio de 2016, proferida por la alcaldesa del ente accionado.

[101] Si bien, el término de la actuación excedió los términos previstos en el Código Nacional de Policía y, en lo pertinente, del Libro Primero del CPACA, tal exceso tuvo como causa la suspensión del procedimiento entre el 25 de febrero y el 8 de abril de 2016, mientras la alcaldesa del municipio se pronunciaba sobre el impedimento formulado por el Inspector de Policía. Esto último, valga la pena mencionarlo, también da cuenta de que la autoridad accionada respetó en debida forma el principio de imparcialidad, habida cuenta de que se separó del procedimiento a un funcionario que estaba impedido para tramitarlo y, en su lugar, se nombró a otro que sí estaba habilitado para hacerlo.

[102] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), párrafos 147 y 148.

[103] Sentencia T-475 de 1992.

[104] El artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo define el trabajo como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”.

[105] Sentencia C-645 de 2011.

[106] Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE), adoptada en la 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, celebrada con el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en enero de 1993. Colombia ha participado de estas reuniones y, actualmente, es representada por un miembro del Departamento Nacional de Estadística (DANE).

[107] Cfr., sentencias C-524 de 1995 y C-228 de 2010.

[108] Ver el certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta (fl. 37, Cdno. 1).

[109] Como se indicó en la acción de tutela y se refirió en los Antecedentes del caso.

[110] Cfr., sentencias C-616 y 1260 de 2001, T-1058 de 2007 y T-503 de 2015.

[111] Cfr., sentencias C-352 de 2009 y C-368 de 2012.

[112] Cfr., sentencias C-974 de 2002, C-100 de 2005 y C-359 de 2016.

[113] Sentencia C-138 de 2018.

[114] Sentencia C-615 de 2002.

[115] Sentencia C-347 de 2017.

[116] Derogado expresamente por el artículo 242 de la Ley 1801 de 2016 (vigente desde el 29 de enero de 2017).

[117] Fls. 508 a 586, Cdno. 3.

[118] Fl. 593, Cdno. 3.

[119] Ver informe remitido por la Alcaldía de Chinácota el 8 de marzo de 2018 (fl. 174, Cdno. 5).

[120] “ARTICULO 28. VIGENCIA Y REVISION DEL PLAN DE ORDENAMIENTO. [Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 902 de 2004] Los planes de ordenamiento territorial deberán definir la vigencia de sus diferentes contenidos y las condiciones que ameritan su revisión en concordancia con los siguientes parámetros: [...] || 5. Las autoridades municipales y distritales podrán revisar y ajustar los Planes de Ordenamiento Territorial o sus componentes una vez vencido el período constitucional inmediatamente anterior. || En las revisiones de los Planes de Ordenamiento se evaluará por los respectivos Alcaldes los avances o retrocesos y se proyectarán nuevos programas para el reordenamiento de los usos de servicios de alto impacto referidos a la prostitución y su incompatibilidad con usos residenciales y dotacionales educativos” (negritas propias).

[121] En Oficio del 15 de diciembre del 2015, el funcionario le informó a la actora: “con estos documentos usted presenta un oficio dirigido al secretario de planeación solicitándole el permiso de funcionamiento” (fl. 13, Cdno. 1).

[122] Fl. 13, Cdno. 1.

[123] De hecho, en la demanda de tutela la parte actora afirma que no “se ha aprobado el nuevo EOT [...] en donde se reglamente el ejercicio de la prostitución [...] mientras que [ella] siempre ha estado atenta a cumplir con la normatividad legal vigente” (fl. 7, Cdno. 1.).

[124] Fls. 33 y 34, Cdno. 1].

[125] Fl. 595, Cdno. 3.

[126] Ibíd.

[127] Frente a este último punto, algunos vecinos de la zona en la que funcionaba el Establecimiento presentaron una querrella ante el Inspector de Policía en la que informaron acerca de la alteración de la convivencia de la comunidad (la querrella fue recibida en la Inspección de Policía el 8 de marzo de 2016, fls. 123 a 126, Cdno. 1). Además, un grupo aproximado de 200 integrantes de la comunidad remitieron correos electrónicos a esta Corte oponiéndose a que en la zona se permitiera el ejercicio de la prostitución y solicitándole que “(...) NO ACEPT[ARA] LA PROSTITUCIÓN COMO UNA DE FORMA DE TRABAJO NI OBLIG[ARA] A LOS MUNICIPIOS A ESTABLECER EN SU POT LUGARES EN LOS QUE SEA VIABLE EXPLOTAR SEXUALMENTE A MUJERES Y NIÑOS” (visibles en los folios 33 a 183 del Anexo 1 y 1 a 47 del Anexo 2).

[128] Fl. 146, Cdno. 1.

[129] Fl. 171, Cdno. 5.

[130] Ibíd.

[131] Fls. 1 y 2 y 180, Cdnos. 1 y 5, respectivamente. De tal magnitud es la importancia de resguardar los intereses en juego por la cercanía con una institución educativa que, incluso, en la sentencia anulada por la Sala Plena (T-073 de 2017) la orden de reapertura se había condicionado (cfr., el numeral 5.1 supra del acápite de I. Antecedentes).

[132] Cfr., sentencias C-1051 de 2001, C-931 de 2006 y C-306 de 2009.

[133] En la sentencia C-535 de 1996 la Corte indicó: “El núcleo esencial de la autonomía está constituido en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan.”.

[134] Cfr., sentencia T-445 de 2016.

[135] Cfr., sentencia C-983 de 2005.

[136] Así se había hecho en el numeral 4º de la sentencia T-073 de 2017.

[137] Auto 449 de 2017.

[138] Fl. 56, Cdno. 1.

[139] Fl. 187, Cdno. 5.

[140] Fl. 2, Cdno. 1.

[141] “ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (negritas propias).

[142] Cfr. Sentencias T-542 de 1992, T-067 de 1998 y C-513 de 2013.

[143] En la sentencia C-387 de 2014, la Corte precisó: “Por esta razón, la represión legítima de una opción personal [amparada por el libre desarrollo de la personalidad] debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás y comprometa valores objetivos del ordenamiento jurídico, localizados en la zona de penumbra y siempre que superen criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[144] Puede, entonces, colegirse que las restricciones legítimas al libre desarrollo de la personalidad se reducen a aquellas que efectivamente pretendan proteger

los derechos ajenos y el orden constitucional.[145] No es por tanto un derecho de carácter absoluto.[146]”.

[144] Fl. 180, Cdno. 5.

[145] Fl. 51 (vto.), Cdno. 1.

[146] La Defensora de Derechos de Las Mujeres, quien intervino en la Audiencia Pública, destacó que “casi todas las personas que se encuentran en situación de prostitución son mujeres y, en su mayoría, iniciaron esta práctica siendo niñas”. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[147] Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género [recurso en línea]. 2013. (Consultado el 19 de marzo de 2019). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>.

[149] Por ejemplo, en la sentencia T-629 de 2010, MP. Juan Carlos Henao Pérez, que trata sobre prostitución, fue citada una sentencia del Consejo de Estado en la que se estudió una providencia que “negó la pretensión del pago de perjuicios materiales reclamado por los hijos de una mujer que había muerto a manos de las FF.MM. y que al parecer se dedicaba al comercio sexual”.

[150] La Defensora de Derechos de Las Mujeres, quien intervino en la Audiencia Pública, afirmó que “casi todas las personas que se encuentran en situación de prostitución son mujeres y, en su mayoría, iniciaron esta práctica siendo niñas”. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[151] REDACCIÓN NACIONAL. Subasta de Vírgenes: nueva modalidad de tráfico de personas en Medellín. En El Espectador (artículo en línea). Disponible en

<https://www.elspectador.com/noticias/nacional/articulo-subasta-de-virgenes-nueva-modalidad-de-trafico-de-personas-medellin>

[152] REDACCIÓN. Mi madre me metió con 14 años en un prostíbulo creyendo que estaba haciendo lo mejor para mí. En BBC News. (artículo en línea). Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47205323>

[153] *Ibíd.*

[154] Intervención Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[155] *Ibíd.*

[156] Intervención de la Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y legales. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[157] Intervención Iniciativa Pro Equidad de Género. *Ibíd.*

[158] Intervención Claudia Quintero. Directora Corporación Anne Frank. *Ibíd.*

[159] La Defensoría del Pueblo reveló que, según un estudio hecho en 57 países, el 90% de las mujeres en prostitución tiene un proxeneta que se lucra. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[160] Intervención Defensora de Derechos de las Mujeres. *Ibíd.*

[161] Instituto Nacional de Medicina legal. Boletín Epistemológico. Homicidios de mujeres en condición de prostitución durante los años 2004 a 2013. Bogotá. 2013. P. 10.

[162] Intervención Claudia Quintero. Directora Corporación Anne Frank. En Corte

Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbwen>
<https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[163] Intervención Corporación Sisma Mujer. *Ibíd.*

[164] Intervención Claudia Quintero. Directora Corporación Anne Frank. *Ibíd.*

[165] Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género [recurso en línea]. 2013. (Consultado el 19 de marzo de 2019). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>.

[166] Intervención Claudia Quintero. Directora Corporación Anne Frank. En Corte Constitucional. (27 de agosto de 2018). Audiencia: La autonomía territorial y usos del suelo para el ejercicio del trabajo sexual. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbwen>
<https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>

[167] Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género [recurso en línea]. 2013. (Consultado el 19 de marzo de 2019). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>.

[168] *Ibíd.*

[169] *Ibíd.*

[170] Instituto Nacional de Medicina legal. Boletín Epistemológico. Homicidios de mujeres en condición de prostitución durante los años 2004 a 2013. Bogotá. 2013. P. 10.

[171] Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género

[recurso en línea]. 2013. (Consultado el 19 de marzo de 2019). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>.

[172] Instituto Nacional de Medicina legal. Boletín Epistemológico. Homicidios de mujeres en condición de prostitución durante los años 2004 a 2013. Bogotá. 2013. P. 7

[174] Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. 2013. Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Pág. 8. Consultado en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>.

[175] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[176] Ver Sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[177] Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2007 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[178] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (16660).

[179] Cfr. Folio 23 de la sentencia SU-062 de 2019.

[180] Cfr. Folio 26 de la sentencia SU-062 de 2019.

[181] Cfr. Folio 23 de la sentencia SU-062 de 2019.

[182] Ídem.

[183] Cfr. www.datos.gov.co

[184] Sentencia T-594 de 2016.

[185] Ib.

[186] Ib.

[187] Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970. artículo 180.

[188] Sentencia T-402 de 1994.

[189] Puede consultarse en: <http://omeg.sdmujer.gov.co/OMEG/asp/files/resultados.pdf>

[190] La audiencia pública de la referencia puede verse en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=J0wtrQFvkbw>.

[191] Corte Constitucional. Sentencia T-311 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

[192] Corte Constitucional. Sentencia SU-195 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[193] Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 1993. MP. Fabio Morón Díaz.

[194] Corte Constitucional. Sentencias T-629 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez; T-736 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-594 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[195] Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[196] En la sentencia T-073 de 2017, anulada mediante Auto 449 de 2017, la Corte ordenó a la Alcaldía de Chinácota crear “políticas públicas o programas de generación de empleo, que ofrezcan oportunidades laborales alternativas para los (las) trabajadores sexuales y los dueños de los establecimientos de comercio que prestan servicios sexuales. Asimismo, deberá garantizar una asesoría permanente para estas personas, verificando que no se vean sometidas a condiciones de explotación y recordándoles los riesgos que implica la prestación de servicios sexuales”. Así mismo, se ordenó a la Defensoría del Pueblo y a Migración Colombia realizar “una visita al Municipio de Chinácota y a los sitios de trabajo sexual que funcionan en este último. En dicha visita deberán: i) verificar que no hayan personas extranjeras prestando servicios sexuales de manera forzada; ii) en caso de encontrar extranjeros realizando estos trabajos, sin la debida documentación, deberán iniciar y acompañar los trámites para expedir los respectivos permisos que les permitan continuar laborando dignamente, siempre y cuando estén de acuerdo y consientan en continuar realizando esta actividad, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia;

iii) capacitar en sus derechos a todas las personas que estén realizando trabajo sexual, nacionales o extranjeros; iv) analizar el caso en concreto de cada una de las personas extranjeras que encuentren realizando actividades de prostitución. No es permisible, ni aceptable, bajo los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se hagan deportaciones masivas, sin analizar la situación particular de cada persona. Los migrantes que sean encontrados, deben ser protegidos de forma plena, garantizándoles el ejercicio de sus derechos, la obtención de la documentación necesaria para permanecer en el territorio colombiano y, de ser el caso, la calificación de refugiados”.

[197] Este acápite se toma de la Sentencia T-594 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

[199] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[200] Ley 599 de 2000. “Artículo 213. Inducción a la prostitución. Modificado por el art. 8, ley 1236 de 2008. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

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

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

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

(...)

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

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

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

PARÁGRAFO. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad:

1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero.
2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado.
3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley.
4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.
5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

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

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

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

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años.

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

[202] Resolución 2118 de 2005 de la Asamblea general de Naciones Unidas

[203] Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970. “Artículo 179.- El solo ejercicio de la prostitución no es punible.”

[204] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 87.

[205] Rubio, Mauricio. Viejos verdes y ramas peladas: Una mirada global a la prostitución, Universidad Externado, 2010. P. 289. “No se puede desconocer que el término prostitución tiene connotaciones negativas. En una de sus acepciones prostituir significa “deshonrar, vender su empleo, autoridad, etc., abusando bajamente de ella por interés o por adulación”.”

[207] Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[208] Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En Documento “Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009” folio 101-102, tercer cuaderno: “Y, valga destacarlo, por esto también resulta explicable que en el Documento denominado ‘Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009’, en la ‘mesa’ de normatividad y derechos se haya dicho entre otras cosas, que no ha existido un lenguaje común en relación a la prostitución, ‘ya que no se puede hablar de Derechos Humanos cuando se desarrolla un oficio como la

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

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

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

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

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

[212] Artículo 42.

[213] Artículo 84.

[214] Ver fundamento 35 de la sentencia T-736 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[215] La Sentencia T-629 de 2010 recogió en detalle la regulación de la prostitución hasta ese momento, así:

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

Es decir, que el Derecho prohíbe que alguien induzca a otro a prostituirse para obtener lucro, con independencia de que lo sea con persona plenamente capaz, consciente y que acepta voluntariamente la transacción; prohíbe naturalmente todo acto por el cual se fuerce a la prostitución a personas en condición de vulnerabilidad cualquiera. Mas no prohíbe el “sólo el ejercicio” de la misma, es decir que haya personas que presten servicios sexuales por contraprestación económica, ni que a su vez haya personas interesadas en pagar sumas de dinero u otra prestación valorable económicamente, por tener trato sexual de cualquier naturaleza. Tampoco excluye la posible actuación de los propietarios, tenedores, administradores o encargados de establecimientos dedicados a la prostitución, sobre quienes a cambio de persecución, se les imponen deberes de orden público.

Igualmente, el Derecho no prohíbe la existencia de zonas en las que se ejerza la prostitución, prohíbe sí que lo sea en áreas del suelo urbano no delimitadas para ello; el Derecho protege a quien ejerce la prostitución con medidas de salud pública, pero al mismo

tiempo impone al Estado el deber de promover su erradicación y de rehabilitar a quien se desempeña como trabajador sexual.

Se trata pues de un sistema dispar que bien refleja las tendencias de la tradición jurídica frente a la prostitución. Medidas prohibicionistas, abolicionistas y reglamentarias que operan al mismo tiempo, que no siempre dialogan, ni se miden según sus resultados, esto es, según el nivel de protección o desprotección de los derechos y bienes que se afectan (de los trabajadores sexuales, de sus familias, de la ciudadanía, del espacio público, de la convivencia ciudadana, de los propietarios de los establecimientos). En todo caso, se configura así un régimen animado por la pretensión de corrección del Derecho, que actúa en pos de la dignidad y la libertad y de la eliminación de cualquier forma de explotación humana y de la mujer. De allí la tensión permanente entre la tendencia a erradicar la actividad a través de la prohibición y la punición de conductas y la que apunta por otro lado a reconocer derechos para las personas que la ejercen y a legalizar explícitamente la actividad en general.”

[216] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 77. “Saturnino Sepúlveda plantea que en el negocio se mueven gentes de todos los estratos socioeconómicos, pero enfatiza que los factores determinantes para que las personas se integren al comercio sexual(principalmente en la oferta) son las condiciones precarias en materia económica, donde se evidencia la prostitución de las clases menos favorecidas como campesinas, la población negra e indígena, sumado a la nueva modalidad de mujeres de clase alta que ya pagaban por servicios sexuales para la época de la década de los 1970 – como ya se mencionó-”.

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