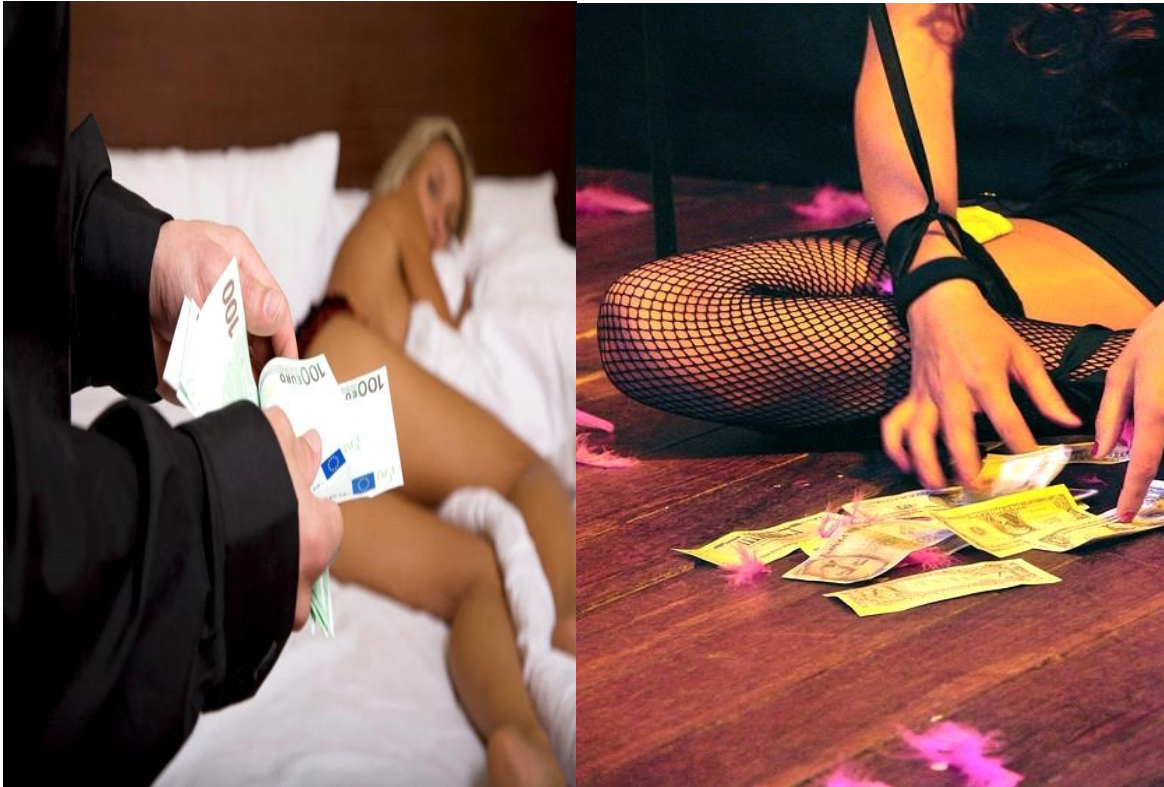


“UNA MIRADA A LA PROSTITUCIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA”.



JULIAN EMIRO TRUJILLO PULGAR Y CARLOS MARIO MARTINEZ CASTILLO

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

MONOGRAFIA FINAL PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADOS

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mis padres

Gastón Emiro Trujillo Pulgar y

María de los Ángeles Pulgar Cuadrado

*Pero especialmente, quiero dedicar este
trabajo a mi bisabuela Magdalena Cogollo Dimas*

*Quien en sus 100 años de edad siempre
ha estado pendiente de mi trabajo de grado
y de mi formación profesional, como también
de convertirme en el personaje de su historia
el “señor Juez”*

JULIAN EMIRO TRUJILLO PULGAR

Mayo de 2014

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mis padres

Jorge Humberto Martínez Yepes y

Denis Castillo Ferradanez

por ser la luz que ilumina mi camino

CARLOS MARIO MARTINEZ CASTILLO

Mayo de 2014

AGRADECIMIENTOS:

A nuestros padres

María de los Ángeles Pulgar Cuadrado,

Gastón Emiro Trujillo Zambrano

Jorge Humberto Martínez Yepes

Denis Castillo Ferradanez

A nuestros Docentes

Dr Henry Valle Benedetti, asesor en esta ardua tarea

Dr Andrés Alarcón Lora, Jefe del Dpto. De investigaciones

Dra Josefina Quintero Lyons, Decana de la facultad

Dra Nadia Mejía Correa por ser una persona importante en nuestra formación

Dra Vanina Moadie por su gran aporte académico.

A nuestros evaluadores en este trabajo

Dr Adolfo Arias Villalobos.

Dr Alfonso Hernández Tous.

A todas las demás personas que contribuyeron en nuestra formación.

TABLA DE CONTENIDO.

PAG.

CAPITULO I

LA PROSTITUCIÓN EN LA HUMANIDAD

1. INTRODUCCIÓN.	8
2. OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS.	14
3. DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA PROSTITUCIÓN DENTRO DE LA PRACTICA DEL COMERCIO Y DEL TRABAJO SEXUAL.	14
4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROSTITUCIÓN EN LA HUMANIDAD.	17

CAPITULO II

SINTESIS DEL ABORDAJE JURÍDICO DE LA PROSTITUCIÓN EN LOS MODELOS INTERNACIONALES

1. MODELO PROHIBICIONISTA	24
2. MODELO ABOLICIONISTA.	24
3. MODELO REGLAMENTARISTA.	25
4. MODELO LEGALIZADOR.	26

CAPITULO III

CAMINO HACIA LA REGULACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN COLOMBIA.

1. MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA SENTENCIA T-620/ 2010	28
1.1 ANÁLISIS DEL CRITERIO ADOPTADO POR LA CORTE	29

1.2 ANÁLISIS DE LA LICITUD DE LA PROSTITUCIÓN DE MANERA GENÉRICA.	33
2. PERSPECTIVAS DE LA PROSTITUCIÓN.	36
2.1 ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA LABORALISTA.	37
2.2ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA COMERCIALISTA.	39

CAPITULO IV

NOCIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS Y SU APLICACIÓN A LA PROSTITUCIÓN.

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS:	47
2. DEFINICIÓN DE CONTRATO COMO ESPECIE DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.	48
3 REQUISITOS O ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS Y SU APLICACIÓN PARA LA PROSTITUCIÓN	50
3.1. CAPACIDAD.	50
3.1.1CAPACIDAD EN LA PROSTITUCIÓN:	53
3.2. CONSENTIMIENTO:	54
3.2.1. CONSENTIMIENTO EN LA PROSTITUCIÓN.	56
3.3 OBJETO Y CAUSA Y ANÁLISIS SOBRE EL OBJETO ILÍCITO Y CAUSA ILÍCITA.	58
3.3.1 OBJETO EN LA PROSTITUCIÓN.	61
3.3.1.1 CRITERIOS JURÍDICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE ESTE.	62
3.3.1.2 BREVES CONSIDERACIONES SOBRE NEGOCIOS JURIDICOS CON EL CUERPO AVALADOS EN COLOMBIA: LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN LA GESTACIÓN:	68
3.3.2 CAUSA EN LA PROSTITUCIÓN.	75

CAPITULO V

EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL

1. ASPECTOS GENERALES DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD CONTRACTUAL.	76
2. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL	78
2.1 PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.	78
2.2 EFECTOS DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.	79
3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.	83
4. INTRPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.	85
4.1 ¿ABSORCIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?	85
4.2 ¿ABOSRCIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?	88
5 ¿EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL ES UN CONTRATO DE CONSUMO?	92
EPÍLOGO.	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

CAPITULO I

LA PROSTITUCIÓN EN LA HUMANIDAD

1. INTRODUCCION

A lo largo de los siglos, muchos escritores bien sea de textos científicos o literarios han tocado así sea sumariamente el tema de la prostitución en el transcurso de la historia de la humanidad, pues no es en vano ese dicho que se ha propagado en la cultura popular en el que se considera a este oficio como “la profesión más antigua del mundo”. De antaño hemos escuchado historias en las que se involucran este tipo de servicios sexuales, tales como “Memoria de Mis Putas Tristes”, “La Cándida Eréndira y su abuela desalmada” de GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, y otros como JAIME SABINES quien compuso un poema titulado “Canonicemos a las Putas”, y muchos otros, incluyendo los textos sagrados de la Biblia que citan la vida de algunas mujeres dedicadas a estos oficios.

Lo cierto es que de una u otra manera han coincidido muchos en endilgarle un rotulo pecaminoso y de dudosa reputación moral. Pues bien, el propósito de este trabajo es estudiar este oficio que hoy en día compone el amplio mundo del comercio sexual¹, que se constituye según esta nueva tendencia como una opción laboral valida, como también, la explotación de una actividad económica, para que sin obviar las formas ilegítimas del ejercicio de las mismas, no solo sea reconocido como una actividad económica permitida, sino ubicarla en el ordenamiento jurídico colombiano, reduciendo el campo de la investigación a la relación existente entre el prestador del servicio sexual y el cliente, adoptando una tipología jurídico comercial pertinente para el surgimiento de tales vínculos, utilizando las instituciones dentro del ordenamiento jurídico-comercial que pudieran ser aplicables en la materia. A su vez, también proponemos generar a través del

¹ El término comercio sexual fue usado por Tirado acero, en el que lo define como un concepto amplio que involucra diversos componentes como el servicio de striptease, strippers, servicio de llamadas calientes, clubes lap dancing, pornografía, la prostitución, entre otros (Tirado Acero, Misael. Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica. 2010)

estudio del fenómeno y su abordaje jurídico negocial, cierta conciencia colectiva y de tolerancia frente a los actores que intervienen en la prostitución dentro del ejercicio del comercio y del trabajo sexual cuando se ciñen a los parámetros de la legalidad y la autonomía de la voluntad, proponiendo los mecanismos efectivos para la garantía y la estabilidad jurídica de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la actividad de quienes se ven involucrados en esta práctica bajo los parámetros de la licitud.

La prostitución es un tema que tiene grandísimas implicaciones sociales debido a que se ejerce o se da en el seno de esta, lo que implica decir que es inherente a las sociedades humanas. Ahora bien, el estudio sociológico de la prostitución especialmente en Colombia ha sido ampliamente abordado, bien sea por entidades gubernamentales o por autores interesados en la temática, como por ejemplo el estudio realizado por el padre SATURNINO SEPÚLVEDA en la década de los 70's sobre las causas de la prostitución. Por lo tanto, consideramos que realizar un estudio social sobre las causas u orígenes de la actividad es técnicamente una redundancia, o lo que se conoce popularmente como "llover sobre mojado". Nuestro estudio se va a encauzar en el **EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD FRENTE A LAS RELACIONES JURÍDICO NEGOCIALES EXISTENTES ENTRE EL TRABAJADOR SEXUAL Y EL CLIENTE**, que se pueden presentar bajo el marco de la prestación de servicios sexuales dentro de los parámetros de licitud en Colombia, siguiendo los planteamientos de la Corte Constitucional en la **SENTENCIA T-629 DE 2010** cuyo magistrado ponente fue el Doctor JUAN CARLOS HENAO, sentencia que se erige como principal sustento jurídico respecto de cualquier tipo de investigación que verse sobre el tema de la prostitución dentro del trabajo y del comercio sexual.

Hemos decidido abordar este tema desde su perspectiva jurídica, en atención a que creemos que ya las condiciones para legitimar las practicas que involucren servicios sexuales están dadas en Colombia bajo los parámetros de la legalidad planteados en la sentencia "hito" de la actividad en Colombia, a pesar de que aun la estigmatización frente a quienes ejercen la actividad de manera autónoma y libre sigue existiendo bajo la pírrica y deleznable concepción moralista, o de

dominación de género planteada por movimientos feministas que están en contra de su práctica, por considerar que viola la dignidad humana y los derechos de la mujer. Frente a esta postura nosotros planteamos que el debate de género debe desvincularse de la discusión, ya que si bien es cierto, la prostitución es una actividad que es ejercida generalmente por mujeres, debido a la demanda enormemente masculina, no podemos descontextualizar el fenómeno frente a la prostitución ejercida por hombres y por personas pertenecientes a la comunidad L.G.T.B.I. En virtud de lo anterior, nuestra tarea dentro de la investigación también consiste en reivindicar a un grupo tradicionalmente marginado y discriminado a través del derecho aplicable a su actividad, tarea nada fácil si empezamos a considerar cada una de las perspectivas que vamos a plantear a partir de sus diversas formas de ejercicio. Por esta razón, solo nos detendremos en lo que concierne a la perspectiva contractualista que existe entre el trabajador sexual y el cliente.

Este tema, al que la Corte decidió lanzar “la pelota caliente” al legislador para su eventual regulación, tal como ocurre con temas de gran envergadura que implican concepciones moralistas entre algunos sectores de la sociedad colombiana, verbigracia, el tema del matrimonio homosexual o igualitario, ha sido impregnado de cierta “desidia institucional” imponiendo llevar a cuestras la “cruz del olvido” a los actores de esta práctica, por quienes deberían tener interés en el condicionamiento del ejercicio y de las actividades sexuales con fines lucrativos tales como el mismo Estado, en razón de que no es de recibo admitir que por el hecho de no ser lo más “aconsejable” desde el punto de vista sociológico o psicológico para el prestador del servicio y su entorno familiar, no debe dejar de regularse, otorgándole efectos jurídicos tanto desde el punto de vista laboral, contractual o jurídico- comercial-privado, y hasta de interés nacional tales como los aportes a la seguridad social y el tema fiscal, tributario, entre otros.

Siguiendo la anterior problemática, a la fecha ya cursa un proyecto de ley en el congreso con ponencia del senador Armando Benedetti radicado como proyecto de ley N° 79 de 2013, el cual ya supero su primer debate en el senado. Esto está generando cierta expectativa a todos aquellos partidarios de una

institucionalización de la actividad para que se haga efectiva la transición hacia la legalización en condiciones dignas del trabajo sexual.

Ahora bien, corolario de lo anterior, tradicionalmente la prostitución a nivel internacional ha sido abordada jurídicamente bajo tres modelos tradicionales que miraremos en el transcurso de este trabajo, a saber: El prohibicionista, el Abolicionista, y el reglamentarista. Actualmente, existe una nueva tendencia legalizadora de la prostitución que lleva a catalogarla como un trabajo, a la cual también le brindaremos análisis en el presente estudio, ya que de ella se deriva en cierta medida nuestro ejercicio académico, máxime, si la prostitución hoy en día en Colombia es entendida como una actividad económica válida que bajo ciertos parámetros de licitud esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia, se llegó a considerar una incipiente relación laboral. Pues bien, pretendemos complementar esta concepción laboralista con otra perspectiva jurídico-negocial, atendiendo a las modalidades en que se emplee, para hacer un estudio jurídico aplicable según las diferentes formas en se practica la prostitución, pudiendo hacer alusión a algunos estudios sociales que sobre su estructura funcional se hayan presentado.

Como consecuencia de ello, vamos a analizar las variedades en que se presenta la prostitución, y a partir de esta estructura social, darle forma jurídica, estudiando las diversas modalidades en las que se incurren jurídicamente hablando, pero aclarando que vamos a reducir su estudio al derecho contractual aplicable, complementando así la tendencia que se ha suscitado internacionalmente con el modelo legalizador desde la óptica “laboralista” de este fenómeno.

Pareciera pensarse que la sentencia de la Corte es como tal el referente normativo marco de la temática, pero por ser una sentencia de tutela, solo se circunscribió a un caso en concreto objeto del amparo constitucional, el cual consistió en una trabajadora sexual que fue despedida por su estado de embarazo, lo que obligo a la corte a estudiar si existió o no una estabilidad laboral reforzada. Por tal motivo, nuestro análisis se extiende mucho más allá del somero análisis que la corte hizo sobre el ejercicio del trabajo sexual, estructurando los parámetros de la licitud

aceptados por el derecho, clasificándola en sus distintas modalidades o perspectivas, debido a que la prostitución es un tema amplio que se presta a la complejidad, pero haciendo énfasis en su concepción “contractualista” o “jurídico comercial”, ya que creemos que con la actual tendencia para ubicarla como forma de trabajo válida, reconocida por el derecho, es un avance que en cierta manera reivindica a un grupo que tradicionalmente se ha marginado, otorgándole un “estatus” de trabajadores que ha sido merecido desde hace una gran cantidad de años, máxime, si se entiende que este grupo es acreedor de una protección constitucional, aun cuando frente al derecho aplicable, aún sigue existiendo un limbo jurídico doctrinal en atención a su diversidad. Por ejemplo, no es lo mismo un trabajador sexual que se vincula mediante un contrato de trabajo (que por ausencia de normatividad es en el mayor de los casos un contrato realidad o una relación de trabajo en la que no existe formalidad) a un establecimiento de comercio que presta estos servicios sexuales a los clientes, a aquel trabajador sexual que tiene una vinculación con el establecimiento por prestación de servicios, o simplemente aquel trabajador sexual que pacta directamente con el cliente los servicios sexuales. Partiendo de lo anterior, consideramos que están en juego distintos intereses que hacen que diversas ramas del derecho como la laboral y la comercial puedan ser sustento normativo de tales prácticas. En el presente trabajo solo le dedicaremos la atención a lo que quienes son partidarios de su reconocimiento laboralista, parece que se han despreocupado en saber: **la prostitución y las tipologías jurídico- comerciales aplicables según la modalidad contractualista sugerida entre el prestador del servicio sexual y el consumidor de este.**

ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN: Lo primero que recalcamos es que nuestro trabajo va a ser un análisis propositivo sobre como encuadrar el ejercicio de la prostitución al ordenamiento jurídico colombiano actual, específicamente el derecho comercial o contractual, es decir, derecho privado, en caso de ser posible dentro de la tipología contractual vigente, o por el contrario mirarla como un contrato autónomo e independiente, o contrato atípico. En todo caso, mientras el proyecto de ley no se haya aprobado, se debe partir de un análisis extensivo para

poder aplicar los conceptos de legalidad que avaló la corte al estudiar la perspectiva laboralista existente entre el trabajador sexual y el establecimiento al que está vinculado, con el propósito de darle paso al análisis de la perspectiva jurídico negocial existente entre el trabajador sexual y el cliente y que no fue tocada por el alto tribunal. Este trabajo no podría ser considerado como un trabajo hermenéutico o interpretativo, siendo que si bien es cierto, la prostitución corresponde a un fenómeno social de vieja data, su regulación jurídica ha sido prácticamente inexistente, no obstante el pronunciamiento de la corte y que ya esté en trámite el proyecto de ley que hemos mencionado.

CLASE DE INVESTIGACIÓN: Este trabajo se va a configurar sobre la **VALIDEZ DEL DERECHO**, ya que según el núcleo problémico, va a desarrollarse sobre la **TIPOLOGIA** que adopte la prostitución como un negocio jurídico, la cual existe como un fenómeno que fue jurídicamente reconocido por el derecho, concretamente por la sentencia de la Corte, aun cuando sea de forma incipiente, a la cual le haremos un análisis detallado, pero que pese a ello, no existe una normatividad que nos permita inferir un contrato para los servicios sexuales ni que nos hable de aquella dicotomía existente entre la prestación de un servicio que involucre comercialización sobre el cuerpo humano, la dignidad humana y la autonomía de la voluntad. Es por ello que nuestro estudio se encauza en una definición de tipo **JURIDICO-DOCTRINAL** sobre la prostitución. A pesar de ello, haremos una visita o inspección a algunos establecimientos en los que se ejerce la actividad en la ciudad de Cartagena por ser nuestro ámbito de movilidad dadas nuestras limitaciones, inspección que constará en documento adjunto al presente trabajo, con el propósito de saber y observar personalmente bajo qué condiciones se llevan a cabo estas actividades. Así mismo, tomaremos como algo **OPCIONAL Y COMPLEMENTARIO** la recolección de testimonios que nos puedan servir para nutrir nuestra investigación.

2. OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECIFICOS

OBJETIVO GENERAL: Definir la prostitución como negocio jurídico, las formas en que se practica, su adaptación legal o consuetudinaria dentro del ordenamiento jurídico negocial colombiano.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

A) Complementar la tendencia a legalizar la actividad que propone la perspectiva laboralista del fenómeno, bajo la perspectiva comercialista que proponemos estudiar.

B) Proporcionar un carácter jurídico a las prestaciones que se deriven dentro de la negociación de servicios sexuales.

C) Proponer las herramientas jurídicas para el cobro de obligaciones insolutas dentro del ejercicio de la actividad, derivándose la eficacia de las obligaciones dentro del contrato a estructurar entre los prestadores del servicio y los consumidores.

D) Erradicar la estigmatización frente a los actores que intervienen en el ejercicio de la actividad bajo las formas legales que propicien la aceptación en la sociedad.

3. DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA PROSTITUCIÓN DENTRO DE LA PRÁCTICA Y DESARROLLO DEL COMERCIO Y DEL TRABAJO SEXUAL.

Es menester aclarar que el diverso mundo de lo que constituye el comercio sexual y el trabajo sexual, bajo la óptica de autores como MISAEL TIRADO ACERO, solamente será abordado en lo que concierne a la prostitución, o a lo que implica el ejercicio de la prostitución. Es por ello que conviene hacer una definición o una precisión de lo que se entiende por este concepto.

Es definida en el Diccionario de la Real Academia Española como la *“utilización sexual y consecutiva del propio cuerpo por otras personas mediante una contraprestación económica”*. Como también *“Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero.”*² Es prostituto/a aquel ser que se entrega corporalmente a cambio de recibir una retribución. Consiste en una entrega corporal para la satisfacción de un solo tipo de necesidad, esta es la necesidad sexual, por lo que la prostitución se encuadra dentro de lo que constituye el sexo servicio. En palabras de TIRADO ACERO, el sexo servicio ha sido definido como la prestación de un servicio sexual por el cual se recibe una retribución económica³ en virtud de la cual, a través de una negociación previa se ejercen servicios sexuales remunerados.

El fenómeno de la prostitución dada su complejidad, no es fácil de definir o conceptualizar, pero generalmente se concibe como aquella actividad lucrativa en virtud de la cual una persona concede el uso de su cuerpo por dinero.

Ahora bien, no todo comportamiento con fines de conceder el uso del cuerpo puede vincularse a la prostitución. En un artículo titulado “prostitución teología moral” G. DAVANZO manifiesta que hay que distinguir la prostitución comercial, de un comportamiento “prostitutivo”. La prostitución comercial es sobre lo cual vamos a trabajar en la presente investigación, es decir, sobre el negocio con ánimo de lucro, la prestación del cuerpo como “modus vivendi”, actividad comercial dentro de la cual vamos a encuadrar la prostitución jurídicamente. Respecto de lo otro, el autor menciona textualmente lo siguiente *“por comportamiento prostitutivo hay que entender toda explotación del propio cuerpo por intereses no afectivos, como puede ocurrir en personas fáciles a darse para obtener ventajas ocasionales, o en personas obligadas a ceder a los chantajes de quien puede favorecerla en el trabajo o en la carrera. De algún modo entra en nuestro comportamiento*

² Diccionario de la Real Academia Española, recuperado de <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=I91nraWOBdXX2HNrsJK6>

³ Tirado Acero. Ob cit, citando la obra de angélica bautista López y Elsa conde Rodríguez pág. 61

prostitutivo el de quien se casa sin motivaciones afectivas, aceptando pasivamente la relación sexual consiguiente”. 4

Podemos decir que de la anterior definición se infiere que no todo tipo de servicios sexuales que no sean con fines amorosos, afectivos o de procreación entran dentro del catálogo de la actividad comercial de la prostitución, toda vez que existen intereses que se consiguen a través del sexo. A nuestro juicio, con esta clasificación se puede incurrir en una redundancia, siendo que las prestaciones económicas son en cierta medida un interés, que no siempre puede materializarse en una retribución de tipo dinerario, si no a cambio de otros servicios.

Con el propósito de evitar que la definición se haga muy abstracta, se debe tener presente que la diferencia radica más que todo en la habitualidad y la ocasionalidad del ejercicio sexual, por lo tanto, la prostitución sobre la cual se va a trabajar, la vamos a definir como la prestación de un servicio sexual que ejerce una persona de manera habitual como actividad comercial, a cambio de una retribución o contraprestación económica. No obstante, la prestación de un servicio sexual de manera ocasional igualmente tiene connotaciones relevantes desde el enfoque jurídico-negocial que se va a plantear.

Tan es así, que en un artículo titulado “El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena”⁵ MARIA SALAS PORRAS y FRANCISCO VILA TIERNO manifiestan que *“debe tenerse presente que, en cualquier caso, se trata de una actividad humana susceptible de inclusión entre otras prestaciones de servicio. E incluso podría entenderse que el intercambio de servicios sexuales por una contraprestación económica es incardinable en el marco de las relaciones jurídico-laborales (...)”*.

⁴ G. Davanzo y N. Blázquez, “Prostitución, Teología moral” recuperado de http://mercaba.org/DicTM/TM_prostitucion.htm

⁵ Comunicación que se realizó en el marco del Observatorio Jurídico-laboral sobre violencia de Género patrocinado por el Instituto de la Mujer dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, de la cual fueron ponentes María Salas Porras y Francisco Vila Tierno de la Universidad de Málaga. Recuperado de <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>

Actualmente existe una tendencia para diferenciar la prostitución que es ejercida habitualmente y de forma pública, con aquella que es ejercida de forma sectorizada y aparentemente oculta según el estrato social del trabajador. La prostitución que ostenta este carácter reservado y que además es ejercida generalmente por mujeres reconocidas como modelos, actrices u otras del medio, ha sido denominada como “prepagó”.

El comercio sexual “prepagó” ha sido definido como una industria subterránea⁶, en virtud de la cual, los trabajadores sexuales de esta estirpe gozan de un “status” social más elevado que otro tipo, hasta el punto de ser personas generalmente pertenecientes a clase media o alta, cuya educación universitaria o condiciones de vida les exigen mantener este “modus vivendi”.

Realmente en el fondo, se trata de una actividad en la que se ejecutan los mismos servicios sexuales que se dan en la prostitución que no tiene las connotaciones que se derivan del término “comercio sexual prepagó”. Por lo tanto, para efectos de esta investigación, no vamos a hacer una distinción de fondo, aunque si podemos decir que la constitución de la industria del comercio sexual “prepagó” repercute con mayor auge en la economía, dadas las calidades de los que incurren en la actividad tanto de la parte prestadora del servicio, como de los consumidores o clientes que son en su mayoría personas prestantes. Por lo tanto, las prestaciones económicas tienen mayor valor.

4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROSTITUCIÓN EN LA HUMANIDAD

Ya hemos mencionado, que la prostitución es un concepto amplio que involucra diversos aspectos, en virtud de la cual, su definición no ha sido tarea fácil, aun cuando en el punto anterior hayamos limitado su concepto en lo que concierne a la presente investigación.

⁶ Avellaneda Diana “El comercio sexual prepagó: necesidad, autodeterminación y poder”. Artículo publicado en el blog “Bogotá Sinvergüenza” Periodismo voyerista de la cotidianidad sexual Bogotana. Recuperado de http://labmedios.pagina.gr/264665_El-comercio-sexual-prepagó.html.

En este punto, haremos un breve recuento de lo que ha sido la prostitución en la humanidad, sin tener que recurrir a sus causas u orígenes desde el punto de vista sociológico.

En primer lugar, la sexualidad es innata al ser humano, aun cuando en principio no haya sido considerada como objeto de placer conyugal sino como parte de un ritual religioso libre de todo pecado, es decir, un medio de satisfacción asociado a “las creencias y a los ritos culturales”⁷. Con la familia sindiásmica y la familia punalúa comenzaron las limitaciones respecto de la sexualidad entre los miembros de una misma familia, dándose un paso importante, en cuanto al desarrollo de la civilización humana, estableciendo la constitución de la familia como núcleo esencial de la humanidad, pues según el desarrollo humano en sociedad, era menester reducir la célula básica social. Por tal razón, la monogamia fue fundamental para establecer un centro de desarrollo desde el punto de vista social y político, tal como lo manifiestan muchos autores⁸. Ahora bien, no obstante se haya limitado la sexualidad al desarrollo cultural, desde los clanes u hordas antiguas, existían relaciones sexuales por conveniencia, o bajo alguna retribución, desligando desde aquellos tiempos la concepción amorosa y de procreación de las relaciones sexuales, para que entrara también el sexo servicio como una retribución a alguna prestación, como puede ser por ejemplo un canje de insumos, en la época de los denominados “trueques”, dentro del cual, algunas mujeres ofrecieron como recompensa sus servicios sexuales.

En la época de los patriarcados, en virtud de los cuales el hombre era el jefe de la familia o del hogar, digamos que se vieron más las relaciones de dominación de género; no obstante, si bien era permitida la poligamia para los hombres “dominantes”, muchas mujeres también optaron por ofrecer su cuerpo a cambio de una estabilidad o necesidad. No obstante, por estabilidad o no, el placer que generan las relaciones sexuales fue siempre un medio para la satisfacción de los

⁷. Tirado Acero. Ob Cit. Pág. 101

⁸. Al respecto ver la obra de Aristóteles “la política”, como también la obra de Federico Engels “el origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, entre otros.

deseos, aun cuando en la mayoría de los casos, existiera una parte dominante y una parte dominada.

El libre albedrío para la satisfacción de la libido sexual, del placer con frenesí, siguió persiguiéndose, por lo que era válido recurrir a cualquier práctica sexual, bien sea bajo el placer o la dominación.

Es sabido que en las grandes civilizaciones de la antigüedad tales como los griegos y romanos específicamente, las orgías, el homosexualismo, el bisexualismo y otros tipos de conductas, eran comunes, no solo efectuadas con los esclavos, sino entre ellos mismos, razón por la cual se considera a los antiguos helenos como los grandes precursores de la pederastia⁹. Así ocurría también entre los soldados de sus ejércitos, quienes eran amantes entre sí y ello garantizaba el sacrificio por sus compañeros de armas. Sabemos por los historiadores antiguos que a los grandes ejércitos conquistadores los seguían enormes caravanas de prostituta/os.

Los romanos no se quedaban atrás con conductas sexuales que posteriormente fueron reprimidas, como las orgías y lo que hoy día se conoce como “gang bang”, para desfogar el desordenado apetito sexual del que tenían fama. Recordemos aquella célebre frase que dijo Curión cuando el emperador Julio Cesar regresaba de una batalla: *“y he aquí el hombre de todas las mujeres romanas y la mujer de todos los hombres romanos”*, o cuando al mismo Cesar, Servilia quien también era su amante, le sacrificó sexualmente a su hija Tercia, a lo cual este recompensó haciéndole otorgar los bienes de algunos senadores¹⁰. Así mismo conviene

⁹ Se refiere al amor erótico entre adolescentes y hombres adultos. Los griegos consideraban normal que un hombre se sintiese atraído por la belleza de un joven, tanto o más que por la de una mujer. Surgió como una tradición aristocrática, educativa y de formación moral, razón por la cual, los griegos la consideraban por ello un elemento esencial de su cultura. Era idealizada por los griegos desde la época arcaica como una relación entre un joven adolescente denominado *“erōmenos”* (amado) y un hombre adulto que no pertenecía a su familia próxima denominado *“erastēs”* (amante). Al respecto ver http://es.wikipedia.org/wiki/Pederastia_en_la_Antigua_Grecia .

¹⁰. Montanelli Indro. Historia de Roma. Traducido por Domingo Pruna Plaza&janés Editores. Segunda edición 1985. Pág. 184.

recordar también la historia de Valeria Mesalina, esposa del emperador Claudio, quien era conocida por tener una “ungida” y alegre vida en promiscuidad.

Por estas razones, la prostitución fue una práctica tolerada y hasta respetada. Así lo afirma por ejemplo el Dr. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ¹¹ citando a LAZARRETE, al dejar claridad de que en el antiguo Egipto existían templos a ella destinados, en los cuales las sacerdotisas de los templos y hasta mismas hijas de los faraones eran servidoras sexuales muy respetadas. En otros pueblos como Cartago, los templos eran lugares reconocidos para comerciar con los cuerpos, en virtud de lo cual, aquellas mujeres debían contribuir al tesoro público con sus recaudos. Tal como ocurrió con las famosas geishas en Japón o entre los griegos como la tan recordada Aspasia.

Retomando a los precursores de la civilización occidental y de la perversidad sexual como fueron los Griegos y Romanos, tal como lo afirma TIRADO ACERO¹² en la Roma del siglo II existieron las casas de lenónicio (leno), las fornix y las lupanares, dentro de los cuales bajo el mando de Marcus fueron censadas y registradas aquellas cortesanas que prestaban estos servicios, quienes operaban bajo un credencial que las identificada como “licencia stupri”.

Podemos decir que la concepción pecaminosa de las relaciones sexuales surge a partir de la doctrina cristiana, ya que el sexo empezó a tener una represión recrudescida, por tanto pasó de ser una actividad pública, a una íntima o privada, bajo muchas limitaciones. En este contexto empezó la dominación religiosa en manos de la Iglesia, debido a que para esta institución el placer sexual fue (y aún sigue siendo) una fuente de perversión y concluyendo que en la célula social de desarrollo por excelencia que es la familia, es el único escenario permitido para practicarse.

Limitar el apetito sexual cuando existen justificaciones que lo ameriten es válido desde el punto de vista sociológico, social y emocional, tales como las relaciones

¹¹ Barrera Domínguez Humberto. Delitos sexuales conforme al Título XI del código de 1980. Ediciones librería del profesional, segunda edición 1987. Pág. 186-187.

¹²Ob. cit. Pág. 34

sexuales no consentidas, bajo la dominación, bajo la intimidación o la practicada dentro de los miembros del mismo seno familiar. Pero restringir el deseo sexual solo bajo la óptica de las relaciones sexuales matrimoniales genera un efecto adverso, lo que hace que esa perversidad reprimida se transforme y aflore en su peor versión.

Es así como las relaciones sexuales extramatrimoniales o prematrimoniales tuvieron refugio en algún grupo de la población, en virtud de los cuales, los sujetos reprimidos descargaban sus aberraciones ante ellos, apelando a la necesidad humana del placer, generando que los sujetos que prestaran los servicios recurrieran a la práctica de relaciones sexuales que pasarían de ser placenteras, a ser económicas, y que bajo el contexto de dominación del género masculino dadas las circunstancias de la época, eran ejercidas en el mayor de los casos por mujeres. Esta situación trajo como consecuencia que fuera consintiéndose en la clandestinidad los servicios sexuales a cambio de una retribución, que con la intromisión del dinero como instrumento de cambio, eran servicios remunerados específicamente monetarios.

Este afán de “moralismo” “rectitud” y “sanidad” como “pléyades” de la Edad Media, bajo el “mando” divino, fue una época de gran represión y excesivo control nunca antes visto respecto de la sexualidad, pero generando a su vez como efecto adverso, un cultivo de perversidades y pasiones con ocasión al mismo control.

Digamos que de antaño, y aun hoy, esa concepción del cuerpo como algo sagrado, como sede del espíritu, como templo del Señor, genera esa dicotomía entre el deber con lo espiritual, y la satisfacción del deseo. Pero, por mucho que se intentara controlar el uso del cuerpo, reprimiendo el uso indebido del mismo, endilgándole un juicio de “moralidad pública” o “común” otorgándole castigos degradantes con un toque de violencia a todo aquel que le desviara su “correcto” uso, nunca se pudo ni se ha podido frenar el nacimiento de aberraciones mismas de las que se deriva su sustento placentero. Ejemplo de ello es que se recurre a la violencia en lo sexual como fuente de deseo.

El mismo “tabú” del cuerpo “espiritual” y “sagrado” generó en esa época (y aun lo sigue haciendo) que las relaciones sexuales dentro del matrimonio incurrieran en esa monotonía de solo ser practicadas con fines reproductivos, dentro del contexto de lo “moralmente” aceptado. Razón por la cual, muchos hombres con deseo de satisfacer sus necesidades consideradas aberrantes, tuvieron que recurrir al “prostíbulo” como “modus operandi” o simplemente como “acta de descargos”.

No obstante lo anterior, conviene aclarar que existen datos que permiten inferir que la prostitución masculina también existió a la par con la femenina^{13.}, aunque por el papel relegado que ejercían las mujeres, máxime si con la misma Iglesia se implanto una visión misógama totalmente deleznable, la prostitución ejercida por hombres radiaba más con el desarrollo de conductas homosexuales, que igualmente eran reprochables bajo el marco de la “moralidad”.

CAPITULO II

¹³. Tirado Acero Ob cit. Pág. 102 manifestando que aun cuando exista una complejidad respecto del estudio de este fenómeno ejercido por hombres en la antigüedad, se puede concluir que existió a partir de algunos rasgos característicos de ciertas culturas tales como los griegos, o incluyendo algunas prácticas homosexuales con ocasión al celibato implantado por la iglesia a los padres.

SINTESIS DEL ABORDAJE JURÍDICO DE LA PROSTITUCIÓN EN LOS MODELOS INTERNACIONALES

A pesar de existir diversos estudios sociológicos, psicológicos y culturales sobre la prostitución como fenómeno social, en este escenario solo le dedicaremos tiempo al abordaje de carácter jurídico sobre la materia. Pero antes de eso, advertimos que no haremos cita a las normas que tocaron la prostitución, pero si relacionaremos la filosofía que adoptan algunos estados en sus normas, razón por la cual, vamos a hacer un recuento del tratamiento jurídico que se le ha dado a la prostitución a nivel internacional dentro de estas filosofías o esquemas.

Como se ha recalcado, ya han existido estudios sociológicos y psicológicos sobre la prostitución como fenómeno social que se presenta con la concurrencia de diferentes circunstancias como la escasez económica, conflictos familiares, ser víctima de delitos sexuales, entre otros aspectos que han llevado a vincularla generalmente con algunos delitos, lo que implica, insoslayablemente, endilgarle un juicio despectivo en algunos casos, y un juicio de victimización en otros, bajo el contexto del modelo normativo en el que se ubique la fuente.

Desde el punto de vista jurídico, la prostitución tal vez no ha sido estructurada a cabalidad, pero ha tenido un tratamiento normativo desde 3 modelos clásicos que han sido la filosofía de las normas que han adoptado los estados contemporáneos los cuales se resumen en los siguientes: El prohibicionista, el Abolicionista, y el reglamentarista, cada uno de los cuales haremos una breve reseña que detallaremos a continuación. Luego hablaremos del cuarto y novedoso esquema laboralista en el que de una manera u otra fundamentamos parte de nuestra posición.

1. MODELO PROHIBICIONISTA.

Este modelo tiene como finalidad excluir el comercio carnal, consagrando la práctica como una modalidad delictiva, de modo que aunque es contemplado por el derecho, se sanciona y recrimina el ejercicio de la actividad. Bajo este contexto, son punibles todas las actividades que involucren la prestación de servicios sexuales, con el argumento de atentar contra los derechos humanos. Se fundamenta este modelo en consideraciones más morales que otra cosa, bajo el rótulo de la religiosidad y el pecado, ya que es una visión de tinte conservadora, en virtud de la cual se opta, más que otorgarle un título despectivo, a sancionar a todo aquel que intervenga en estas prácticas, ejercitando acciones de policía y de represión, considerándosele como un delincuente al trabajador sexual, ya que tradicionalmente es sujeto activo quien ejerce el comercio y sujeto pasivo quien lo solicita, salvo el caso del modelo de Suecia en el que también es sujeto activo quien solicite la prestación de servicios sexuales, involucrando posiciones del abolicionismo. Según lo afirma ROBLES MALOOF ¹⁴ generalmente los bienes jurídicos tutelados son la moral pública y las buenas costumbres sin dar cabida al libre acuerdo de voluntades, persiguiéndola aun en lugares privados donde se practique. Se han establecido aspectos negativos en este modelo dentro de lo cual se ha dicho que *“la prohibición no es un escenario que permita erradicar las mafias que giran en torno al comercio sexual, por el contrario, las alimenta y les da una razón de ser”*¹⁵.

Algunos Estados que acogen este modelo son Irlanda, Vietnam, Tailandia, y la Mayor parte de los E.U¹⁶.

2. MODELO ABOLICIONISTA:

Este modelo tiene gran incidencia a nivel internacional, máxime, sobre la perspectiva de la explotación de la mujer y la visión de dominación y de derechos de género que exponen la mayoría de movimientos feministas. Por lo tanto, quien

¹⁴Robles Maloof Jesús Roberto. Derechos de la mujer, Moral Sexual y Prostitución, Un debate pendiente. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2282/3.pdf>

¹⁵Tirado Acero. Ob cit. pág. 207

¹⁶Ibíd. Pág. 214

ejerce la prostitución no es visto como delincuente si no como víctima, que debe ser sujeto a rehabilitación incluso en contra de su voluntad. Es por ello que se entiende que en este sistema el epicentro del debate o el blanco de protección o de “ataque” sea el sujeto que ejerce la prostitución y no como tal el fenómeno de la prostitución como institución, razón por la cual, aun cuando tenga una “levísima” tolerancia, no es reconocido el trabajador sexual como sujeto de derechos si no de protección, por lo tanto, no es detenido para responder penalmente si no para ser sometido a programas de recuperación. En este sistema quien es perseguido como delincuente es aquel que induce o se beneficia de la prostitución ajena¹⁷.

Las críticas contra esta postura se fundamentan en que consiste en un modelo “idealista” pero radical, ya que no tiene en cuenta como opción laboral susceptible de ser reconocida y protegida por el Estado, aquella que es ejercida por quienes de manera libre y voluntaria lo hacen.

Algunos Estados que acogen este modelo son Finlandia, Italia, entre otros.¹⁸

3. MODELO REGLAMENTARISTA

Este modelo considera que la prostitución es un mal social que al no poderse combatir debe ser regulado por el Estado, pero solamente desde la perspectiva de orden y salud públicas. En este orden de ideas, el Estado delimita el campo de su aplicación y de sus características, identificando algunos elementos como la oferta y la demanda del servicio, ubicándolos en un punto geográfico delimitado para la detección y prevención de enfermedades de transmisión sexual, entre otros riesgos, imponiendo un control médico de carácter obligatorio y ejerciendo supervisión e inspección sanitarias y de higiene. Este modelo supone mantener un orden del

¹⁷ En países como España se recriminan las conductas de los terceros que se benefician de la prostitución mediante tipos penales como inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución, determinación a la prostitución arts. 187.1 y 188.3 del Código Penal Español. (Rey Martínez Fernando. La prostitución ante el derecho, problemas y perspectivas 2006. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_02_rey.pdf)

¹⁸ *Ibidem*.

entorno en el ejercicio de la actividad, mas no de su consagración como una actividad susceptible de ser amparada y reconocida en el ordenamiento jurídico, capaz de crear derechos y obligaciones entre las partes, con la intervención de distintos actores como el trabajador sexual, el cliente y los establecimientos comerciales de prestación de servicios sexuales.

Dentro de las críticas a este modelo, se tiene que aun cuando no se criminalice expresamente la prostitución, tampoco se consagra su validez jurídica, y a pesar de mostrar una “incipiente” tolerancia, al no estar regulada jurídicamente la actividad, se desconocen los derechos y las prestaciones de los trabajadores sexuales, para en su lugar permitir la explotación económica de los establecimientos comerciales donde se prestan estos servicios.

Podemos decir que Colombia ha adoptado este modelo¹⁹ aunque también con incidencias del modelo abolicionista.

4. MODELO LEGALIZADOR

Este nuevo modelo como su nombre lo indica tiene el propósito de legalizar la prostitución ejercida de manera espontánea, libre y por cuenta propia, cuyo fin primordial es llegar a reconocer a las personas que ejercen la prostitución con el rótulo de trabajadores sexuales, denominación que implica efectos jurídicos como reconocimiento de derechos, es decir, reconocer a los actores de la actividad como sujetos de derechos y obligaciones a la luz del ordenamiento jurídico.

Se ha entendido bajo la óptica de este modelo que legalizar es la mejor forma de combatir a la prostitución, ya que estando dentro al margen de la legalidad, quizás el rango de ganancias de los explotadores sexuales y de los proxenetas era aún mayor. Si se legaliza, generaría una serie de obligaciones para quienes contraten

¹⁹Existen normas de carácter policivo aplicables al ejercicio de la prostitución desde el Código nacional de policía a normas Distritales en la Ciudad de Bogotá que toleran la práctica. Al respecto ver el punto N° 2.4.4.2 de las consideraciones en la sentencia T-629 (2010)

o decidan ejercer actividades económicas que involucren prestación de servicios sexuales, lo que implica que el negocio sea menos apetecido.

Con el propósito de darle auge a este modelo, existe una tendencia en los movimientos internacionales de grupos tradicionalmente marginados como las prostitutas para ser reconocidas como gestoras o actoras de una actividad lícita que debe ser permitida en los ordenamientos jurídicos, con incidencias tal vez en la normativa internacional. El “génesis” de este modelo fue a mediados de los años 70’s cuando surgieron movimientos de tan grande envergadura como la organización C.O.Y.O.T.E en los Estados Unidos (Call Of Your Old Tired Ethics) denominada también por REY MARTINEZ como “asociación Hetarea”²⁰. Fue fundada precisamente por una prostituta en 1973 con el propósito de hacer valer el reconocimiento del trabajo sexual como opción laboral. Como consecuencia de lo anterior, en la actualidad, en algunos Estados se ha adoptado la legalización de la actividad, como el caso de Holanda, Alemania, Australia, Dinamarca, entre otros. En el ordenamiento jurídico colombiano, con la sentencia hito de la temática, se ha dado vía libre para la implementación de este modelo.

²⁰Ibidem.

CAPITULO III

CAMINO HACIA LA REGULACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN COLOMBIA.

1. MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA SENTENCIA T-620/2010.

Hemos expuesto que a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, en Colombia el trabajo sexual es considerado como una actividad económica y válida cuando se decide ejercer libremente, dejando de lado esa concepción atentatoria de la moral y de las buenas costumbres.

Ahora bien, aun cuando tal vez sea un propósito estatal erradicar el ejercicio de la actividad desde campañas preventivas o de flexibilización²¹, consideramos que la Corte decidió dejar de un lado las causas del ejercicio y las finalidades que llevan a ella, optando por contextualizarlas bajo el supuesto de una actividad válida y económicamente lucrativa excluyendo las formas ilegítimas de su ejercicio como la trata de personas, explotación sexual tanto para menores como para mayores, aunque el alto tribunal no haya efectuado un gran esfuerzo al estructurar desde el punto de vista sociológico, la diversidad del trabajo sexual y el mundo de “códigos” negociales en los que se desenvuelven los actores de la prostitución. Sin embargo, el alto tribunal efectuó un análisis para solamente darle validez jurídica cuando existen los requisitos para obligarse que establece el derecho común en el artículo 1502 y ss. del Código Civil colombiano, particularmente si estamos bajo el seno de la autonomía de la voluntad, del consentimiento libre de vicios, capacidad, objeto y causa, siendo estos últimos, el objeto lícito y causa lícita, aquellos que fueron abordados cuidadosamente en la sentencia, a los cuales nosotros de dedicaremos un análisis detallado más adelante.

²¹Así lo estimó la Corte constitucional en la sentencia al no conceder la petición de reintegro de la trabajadora sexual accionante al considerar que ésta actividad tal como fue ejercida en el caso estudiado, puede reñir con los ideales liberales, la dignidad humana, constitucionalismo y los fines del Estado Social de Derecho y con los deberes dispuestos desde el Derecho internacional para los Estados.

1.1 ANALISIS DEL CRITERIO ADOPTADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Básicamente, el planteamiento del problema sobre la licitud o ilicitud de la prostitución se está proponiendo desde el objeto ilícito, en atención a que es el asunto sustancial del debate, ya que es allí donde se advierte que el ordenamiento jurídico califica expresamente como contraria a la ley cierta actividad, o saca del comercio los bienes sobre los cuales va a recaer la obligación. Es así como el alto tribunal estructura los lineamientos legales que configuran el objeto ilícito: “el orden público y las buenas costumbres”.

Al respecto conviene citar textualmente la doctrina sentada por el alto tribunal en la sentencia:

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

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

86. El orden público, es entendido como las “cláusulas generales” o “principios basilares” del ordenamiento social, con los que se reglamenta jurídicamente la realidad; son las normas cambiantes que ponen a tono el sistema jurídico con los tiempos y que encauzan la autonomía privada, según la primacía de los elementos fundantes del Estado social de derecho [75]. Se trata, en este sentido, de reglas que acotan el ámbito de validez material de los acuerdos de voluntades, dentro del

margen que determine la Constitución, y por tanto, los derechos fundamentales y sus límites [76], el imperativo constitucional de tutelar especialmente a los sujetos en condición vulnerable, y, las finalidades que procura la intervención del Estado frente a los particulares [77].

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

87. De igual modo, las normas de orden público no son disponibles para los sujetos a quienes se dirigen. Porque en ellas están protegidos los bienes de mayor valor para el Estado, asegurados a través de severas sanciones, prohibiciones, mandatos y órdenes relacionadas con la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas [78]. Así ocurre con el Derecho penal, el Derecho policivo, las medidas administrativas de ordenación y las restantes que así se reconozcan por el legislador. Todo a los efectos de que tal Derecho imperativo concreto, evidente y correctamente establecido, permita reconocer lo que delimita y restringe los derechos y facultades de la persona y de allí en adelante, sea posible el (amplio) despliegue de sus libertades [79].

88. En lo que se refiere a las buenas costumbres, se ha dicho que con ellas se expresa “el aspecto moral del orden público, es decir, las reglas morales cuyo respeto impone el interés de la sociedad a las voluntades individuales”[80]. Representan entonces “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social”[81], que pretenden introducir la justicia y la equidad en las relaciones contractuales, a fin de evitar negociaciones impuestas y vejatorias[82]. Se erigen en un límite al ejercicio de la autonomía contractual, que obra como una especie de parámetro que va más allá de la mera prohibición legal y abre una especie de “ventana sobre el orden ético” [83].

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

89. Sin embargo, a la luz de la Constitución, estima la Sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos. También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución (art. 1º, 7º, 13) y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de “buenas costumbres” no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento, sino de un “mínimo de corrección exigido” por las “representaciones colectivas”, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios[85].

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

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

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

“(i) la justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio pro-libertate, y sujetarse por lo mismo a un test estricto de proporcionalidad[89]; (ii) la imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos[90]; (iii) para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas – debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista[91]; y (iv) ‘está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia’”[92].

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

De lo anterior se infiere que para la Corte, el concepto de buenas costumbres y moral, frente a las normas jurídicas, es una discusión de vieja data en los filósofos del derecho, pero no obstante, no puede mirarse como un criterio que se yuxtapone al ordenamiento jurídico, si no que por el contrario, corresponde a un concepto fundamentado en él. Esto conlleva a una contextualización de aquellas percepciones que pretendían imponerse ante las normas bajo el criterio de ser lo “moralmente” aceptado.

En este sentido digamos que aún la Corte no ha expresado la licitud en el objeto, cuando ni siquiera se ha estructurado a ciencia cierta cuál es en últimas el objeto de esta actividad ya que una contextualización de los pilares del objeto lícito al ordenamiento jurídico actual no implica que se esté reconociendo desde el punto de vista jurídico contractual que en la prostitución efectivamente hay objeto lícito. Esto se evidencia con mayor fuerza si se determina que esta motivación obedece más a imperativos ius-fundamentales propios de una corporación que efectúa análisis desde los principios y los mandatos constitucionales, por lo que se hará necesario hacer un estudio detallado más adelante sobre el objeto en los negocios jurídicos de disposición corporal como este, empezando en primer lugar por determinar el objeto en la prostitución.

No obstante lo anterior, para proceder a estudiar la licitud de la prostitución, la Corte primero estructura las modalidades en las que se emplea para luego efectuar el análisis de licitud correspondiente de manera genérica.

Nosotros primero ahondaremos en la licitud del ejercicio de la actividad y después abarcaremos las modalidades en las que se practica, ya que si bien es cierto que se plantea el análisis de la legalidad del conjunto de la actividad, nos parece que en este orden se guarda una relación de conexidad lógica en la estructura de nuestra investigación.

1.2 ANALISIS DE LA LICITUD DE LA PROSTITUCIÓN DE MANERA GENÉRICA

Como ya lo dijimos, en la sentencia se decide abarcar la legalidad de la actividad de forma amplia, es decir, a pesar de haber definido unas modalidades específicas, que detallaremos a continuación, terminó avalando la licitud de

manera abstracta del fenómeno, reconociéndola como una actividad económica y válida cuando se decide ejercer libremente, dejando de lado esa concepción atentatoria de la moral y de las buenas costumbres²².

Como lo hemos reiterado, el análisis no fue abordado desde el criterio contractualista que nos interesa, si no, desde una perspectiva constitucionalista, es decir, los lineamientos no se enfocaron sobre los elementos estructurales del negocio jurídico de la prostitución, si no que fueron impuestos desde imperativos como la dignidad humana y la libertad de profesión u oficio.

Lo primero de lo que parte la corte al adoptar la legalidad es proponer la imposibilidad jurídica de prohibir o eliminar dicha práctica, pero más que eso, plantea que no está prohibida expresamente, y por lo tanto no se excluye del tráfico jurídico.

Al respecto creemos que se adoptó el criterio que podría llamarse **PERMISIBILIDAD TÁCITA DE LA PROSTITUCIÓN**, consistente en su permisión aun cuando no se haya consagrado expresamente, en atención a que tampoco se ha consagrado su prohibición, aplicado el criterio general que plantean algunos doctrinantes de la teoría general del derecho como Norberto Bobbio consistente en que “lo que no está prohibido está permitido”.

Nótese que así lo dice en el punto 2.6.2.3 N° el cual reza lo siguiente:

“223. Pero también es necesario que se adopten medidas para proteger el derecho a la igualdad frente a la ley de los y las trabajadoras sexuales, en concreto frente a las posiciones jurídicas de derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, como son predicables de todo trabajador que obra por cuenta ajena, bien bajo la fórmula de contrato de trabajo, como se ha verificado en el

²²El alto tribunal establece que solo se debe partir de este supuesto cuando en las diversas modalidades del ejercicio de la prostitución media autonomía de la voluntad, estableciendo unos requisitos a saber:” i) respete la libertad y dignidad humanas, así como los derechos ajenos; ii) respete los límites más severos previstos en los tipos penales del título IV, capítulo cuarto del Código Penal, a más de cualquier otro delito; iii) de cumplimiento a las normas de carácter policivo existentes, relacionadas con el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social”. Ver el punto N° 2.5.2.1. de las consideraciones en la sentencia (Ibídem)

presente asunto, bien bajo otras fórmulas concebidas o admitidas por el Derecho. Un llamado que no sólo vincula a las autoridades distritales, administrativas y de Policía de Bogotá en sus funciones de inspección sobre los establecimientos donde se ejerce la prostitución (art. 52, del Acuerdo No. 79 de 2003), sino en particular a las autoridades de policía administrativa de carácter laboral, esto es, a los inspectores de trabajo del Ministerio de Protección Social, a quienes corresponde velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores (Convenio 81 de la OIT, C.S.T. artículos 17, 485 y 486, Resolución 951 de 2003 del Ministerio de Protección Social).

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

La Corte llega a esta conclusión por que como lo hemos citado anteriormente, a partir del punto N° 2.4.4.2 de las consideraciones en la sentencia, después de hacer un recuento del tratamiento jurídico-penal que se le ha dado a la prostitución en Colombia, en virtud de la cual se hace un transición del prohibicionismo, al abolicionismo con incidencias reglamentaristas, estudia las normas de carácter policivo aplicables al ejercicio de la prostitución desde el Código nacional de policía a normas Distritales en la Ciudad de Bogotá que toleran la práctica de la actividad.

A demás de ello, parece citar un precedente jurisprudencial sobre la tolerancia de las personas que se dedican a la práctica de esta actividad libremente, al efectuar un estudio de constitucionalidad sobre una norma legal por la cual se reconocía como falta contra el honor militar, el asociarse o mantener relaciones notorias o

públicas, entre otras personas, con prostitutas o el practicar o propiciar la prostitución. Es así como cita la C-507 de 1999 bajo los siguientes fundamentos:

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

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

Debe advertirse que además, entra como sustento de tales prácticas, el principio general de libertad y de la propia dignidad humana como derecho fundamental. También es sustento para la Corte, el principio del trabajo desde la perspectiva laboralista y las libertades económicas desde la perspectiva comercial tales como la libertad de trabajo o de profesión u oficio, derecho-deber del trabajo, la autonomía privada y libre iniciativa económica, todas ellas ejercidas por personas libres, y que además medien los elementos esenciales del artículo 1502 C.C, que en últimas son disposiciones aplicables a todos los contratos en el derecho colombiano.

2. PERSPECTIVAS DE LA PROSTITUCIÓN.

En el punto 2.5.2 de las consideraciones, el alto tribunal antes de efectuar el análisis de la legalidad que de manera genérica sobre la actividad realiza, y que

anteriormente citamos, estructuran primero las distintas modalidades en las que se emplea o se practica la prostitución, las cuales citaremos y estudiaremos detalladamente.

Básicamente las resumen en tres (3):

1) Trabajadores sexuales que cumplen horarios por un número cierto de horas en establecimientos, ejerciendo una labor bajo determinadas instrucciones o subordinación, recibiendo un pago por los turnos realizados, en el que también podrían percibir un ingreso por consumo de licor mediante mecanismos de fichaje capaces de determinar la participación del trabajador sexual en la venta de las bebidas. Para la corte, que en este contexto, tres son las relaciones que se suscitan : i) la de quien ejerce la prostitución y el establecimiento de comercio; ii) la de aquella y cliente del servicio sexual; iii). La de éste y establecimiento de comercio.

Respecto de la anterior modalidad en la que se ejerce la prostitución, nosotros hemos optado por catalogarla como **PERSPECTIVA LABORALISTA DE LA PROSTITUCIÓN.**

2.1 ANALISIS DE LA PERSPECTIVA LABORALISTA.

Esta visión laboralista se presenta cuando el servicio sexual es ejercido por un trabajador sexual dentro de un establecimiento de comercio destinado a la prestación de estos servicios a sus clientes, mediando una vinculación de carácter laboral entre el sujeto prestador del servicio y el establecimiento. Es de anotarse que en la mayoría de los casos, este entorno por la ausencia de regulación, obedezca a la ejecución de un contrato realidad, en la que se pactan los servicios de carácter verbal, pero terminan ejecutándose otras obligaciones.

Lo primero que hay que mencionar es que en esta perspectiva fue en la que se desarrolló el análisis de la Corte, por lo tanto, si solo se circunscribió al caso concreto en este contexto, en principio, es aquí en donde se plantea el análisis de legalidad. La alta corporación encontró acreditada la existencia de los elementos

que configuran una relación laboral, consistentes en la remuneración, la jornada de trabajo y el pago de salarios, razón por la cual termina concediendo el amparo constitucional otorgándole una indemnización por despido injusto, aun cuando no haya concedido el reintegro por determinar que existe una incipiente normatividad al respecto, y además, porque considera que ésta actividad puede reñir con los ideales liberales, la dignidad humana, constitucionalismo y los fines del Estado Social de Derecho y con los deberes dispuestos desde el Derecho internacional para los Estados con el fin de erradicar la práctica. Pero pese a ello, en la parte resolutive de la sentencia, en el 5 numeral, dispone informar a la actora que en el supuesto de querer acceder a las demás pretensiones que involucren derechos laborales que no fueron concedidas por la corte, deberá solicitarlas incoando la acción laboral que corresponda ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Nótese que en este enfoque principalmente entran en juego 2 actores: el Establecimiento quien funge como empleador y el trabajador sexual.

Respecto del empleador, si bien son aplicables los deberes y obligaciones consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo y en las demás normas que lo modifiquen y adicionen, consideramos que uno de los aspectos sustanciales que son fundamentales bajo esta perspectiva es la seguridad social, en la que también se consagran obligaciones para los empleadores como la afiliación y la cotización al sistema general de pensiones, y de seguridad social en salud. Pero el tema central del debate sería la aplicación del sistema general de riesgos laborales, en lo que concierne a normas de salud ocupacional, seguridad e higiene industrial, la clasificación en la que debe ubicarse dentro de las categorías de riesgos y su porcentaje para la cotización al sistema. En gracia de discusión, valdría la pena citar el siguiente ejemplo: En el caso de estar vinculada jurídicamente la prostituta con un establecimiento comercial como trabajadora sexual, y si bajo la normatividad laboral, debe el empleador proveer los utensilios de trabajo, además de cumplir con normas de higiene y seguridad que se materializaría con la provisión de preservativos, si alguno de estos sale defectuoso cuando la trabajadora está ejerciendo su labor frente a un cliente y como consecuencia de ello contrae una enfermedad de transmisión sexual ¿podría ubicarse esta

anomalía en el contexto del accidente de trabajo o enfermedad profesional? Y si partimos de esta consideración, y de la afiliación a la seguridad social, ¿sería acreedora la trabajadora sexual de las indemnizaciones y el pago de las incapacidades a las que hubiere lugar? O por el contrario, ¿debe ser catalogado como de origen común por considerarse que la enfermedad se contrajo bajo su propio riesgo? Son planteamientos que merecen ser estudiados de manera concisa, pero que insistimos, no podemos abordarlos, dadas nuestras limitaciones.

Frente al trabajador podría tenerse como punto clave los derechos, deberes y obligaciones que se consagran en el artículo 52 y ss. del CST, las prestaciones sociales y el derecho laboral colectivo.

En esta modalidad o perspectiva laboralista creemos que existe un margen de legalidad que puede rayar con el código penal respecto de la inducción a la prostitución y la explotación sexual. Se debe mirar entonces con suma cautela, para saber cuándo efectivamente media o no la autonomía de la voluntad, y el ejercicio por cuenta ajena para beneficios de un tercero en calidad de empleador, y no como consumidor.

2) La segunda modalidad de la prostitución es la de los trabajadores sexuales que desarrollan su actividad de manera independiente que no permanecen en sitios fijos, razón por la cual, no se encuentran sometidos a jornada u horario. Su beneficio económico se obtiene de su propio contacto con los clientes, a los cuales puede contactar bien sea en la calle bajo sus propios medios, o en el mismo establecimiento, razón por la cual, pueden recibir una comisión percibida por la gestión que llegaran a desarrollar en los distintos establecimientos que suelen frecuentar. Para la Corte, las relaciones que aquí se plantean son diversas: i) la del trabajador del sexo y los establecimientos a los que acude; ii) la del trabajador del sexo y el cliente.

Lo anterior hemos optado por catalogarla como **PERSPECTIVA COMERCIALISTA DE LA PROSTITUCIÓN.**

2.2 ANALISIS DE LA PERSPECTIVA COMERCIALISTA.

Antes de detallar esta modalidad de la prostitución, debemos estructurar si debemos hacer extensivo el análisis de la Corte sobre la legalidad del enfoque laboralista, que como lo hemos dicho fue el caso de estudio en la sentencia, a la perspectiva comercial, o si por el contrario, del mismo pronunciamiento de la Corte se desprende el sustento jurídico como actividad comercial.

Al respecto, igualmente se adopta el criterio de **permisibilidad tácita**, por lo que a partir de ello, aplica las disposiciones pertinentes a los permisos y licencias para la explotación económica, pero solo desde la óptica empresarial, en atención a los siguientes fundamentos textuales:

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

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

107. Y por esa misma razón, por ser actividad económica relacionada con la venta de bienes y en particular con la prestación de servicios que han de generar una “riqueza”, **al no hallarse exceptuada ni tener por qué estarlo**^[1], les es

aplicable el régimen tributario común de nivel nacional y local: Declaración y pago de renta, declaración y pago del IVA por la prestación de servicios, al menos respecto del trabajo no subordinado o sin relación laboral[2], a más del impuesto de industria comercio y avisos ICA[3].

108. La vigencia del Derecho comercial y fiscal sobre la prostitución como actividad económica queda en evidencia, cuando el Código CIU (Código Internacional Industrial Uniforme) que utilizan tanto las cámaras de comercio como las administraciones de impuestos nacionales y distritales para determinar la existencia y actuación de la misma, la registra bajo diversas fórmulas. Como ocurre en el caso en estudio[4], los establecimientos dedicados a la prostitución pueden operar bajo el rango de “Otras Actividades de Servicios, no clasificados previamente”, como “Servicios de acompañamiento”, código 0930903, “servicios de masajes”, código 0930902, sumado al de “Expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del establecimiento”, código H5530, al poderse organizar como “Bares y cantinas”-H553001-, “Discotecas y tabernas” -H553003-, o “Griles, whiskerías y coreográficos” -H553002-. También se pueden manifestar en otras modalidades como “alojamiento en amoblados” -H551202-, “alojamiento en moteles” -H551203-, “alojamiento en residencias”- H551201-.

Registros que, como sucede en general con cualquier actividad comercial, permiten dar a conocer frente a terceros la existencia del establecimiento de comercio respectivo, a sus actos y datos de interés inter-partes y para terceros, o en general para la seguridad jurídica[5].”

Corolario de lo anterior, cabe mencionar que en términos generales, la perspectiva comercial de la prostitución también cabe dentro del reconocimiento jurídico, no obstante la limitación fáctica de una sentencia de Tutela como esta. Pero hay que ser elocuentes en recordar que esta perspectiva comercial igualmente tiene distintas visiones. Es por ello que hemos optado por dividirla en dos partes. La primera que se plantea entre el oferente sexual y el establecimiento, y la segunda

relación es la que se plantea entre el oferente sexual o prestación del servicio y el cliente.

Respecto de lo primero, hemos decidido catalogarla como **PERSPECTIVA COMERCIAL DE LA PRESTACION DE SERVICIOS ENTRE LOS SERVIDORES SEXUALES Y LOS ESTABLECIMIENTOS:**

Esta modalidad tiene cabida cuando entre el oferente o ya servidor sexual y el establecimiento comercial no media relación de trabajo de la que pueda derivarse subordinación, jornada de trabajo y salario, si no que el profesional del sexo ejerce en el establecimiento bien sea el arrendamiento o prestación de sus servicios a los clientes del mismo. La prestación de servicios se encuentra bajo la ejecución de una obligación de hacer, en atención a la capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, que en este caso sería el despliegue de la labor sexual remunerada, razón por la cual, está desprovista de prestaciones sociales, en la que, además, el contratista es responsable del pago de su seguridad social. En realidad esta forma de contratación es muy aplicada en Colombia, generalmente para disfrazar una autentica relación de trabajo, por lo que la prostitución no sería ajena a este fenómeno y debe abordarse con suma cautela.

Aun cuando sea una visión jurídico negocial de la prostitución, es dable a estructurarla por separado, en atención a que existen dos contratos: el del prestador del servicio con el establecimiento, en virtud del cual existe una tarifa fijada por este, pudiendo ser el margen de ganancias de quien ejecuta la labor sexual por porcentajes, y el del cliente con el establecimiento. No obstante, es viable que exista negociación directa entre el cliente y el prestador de servicio sexual sobre el valor o tarifa de los servicios, pero que por ser ejecutada en el establecimiento, deba pagarse una comisión o porcentaje a este.

Lo que concierne a la segunda parte, nosotros hemos optado por denominarla como **PERSPECTIVA COMERCIAL DE PROSTITUCIÓN ENTRE EL PRESTADOR DE SERVICIOS SEXUALES Y EL CLIENTE:**

Este enfoque se presenta cuando el agente prestador del servicio sexual pacta directamente sus actividades con el cliente. Es por ello que los actores que entran en juego son el prestador del servicio y el cliente como usuario o consumidor de tal. Consideramos que hay que ser cuidadoso para no confundir el contrato de prestación del servicio con el establecimiento, a la prestación del servicio con el cliente, debido a que si bien, ambas disposiciones escapan del yugo laboralista, son 2 situaciones disímiles. En el primer caso, en la prestación del servicio con el establecimiento generalmente media un arrendamiento del servicio bajo unas condiciones diferentes que permiten ciertos beneficios como el uso de la habitación dentro del Establecimiento, el pago por comisión, o por las bebidas alcohólicas que auspician vender el trabajador sexual, por lo tanto, en el uso y goce del cuerpo del trabajador sexual como negocio jurídico, no es parte del establecimiento. En cambio, cuando el prestador del servicio sexual directamente pacta el servicio con el cliente, es este quien celebra el contrato con el servidor sexual, como sujetos de derechos y obligaciones recíprocas, razón por la cual, en la mayoría de los casos, no existe participación del establecimiento.

La perspectiva comercial de la prostitución entre el agente prestador del servicio sexual u oferente mismo del servicio y el cliente o consumidor, es sobre la cual vamos a trabajar, partiendo de una severa dificultad que consiste en que, si bien es cierto, hemos expuesto que a partir de la sentencia, en Colombia el trabajo sexual es considerado como una actividad lícita, significando un gran avance en materia de reconocimiento de los trabajadores sexuales como sujetos de derechos, la consagración y la práctica regulada en el ordenamiento jurídico partiendo desde esta perspectiva comercial es técnicamente irrisorio o inexistente, entre otras razones porque hemos sido renuentes en mencionar que la sentencia, por ser una tutela solo se circunscribió a un caso concreto, que fue el despido injusto de una prostituta en estado de embarazo, lo que constituyó una “estabilidad laboral reforzada” para la mujer, además de ser una madre cabeza de familia. Esta circunstancia fáctica limitó el abordaje jurídico de forma compleja del fenómeno de la prostitución, concretamente en el tipo de prestación que surge entre el trabajador y el cliente directamente.

Si bien es cierto, hemos mencionado en líneas anteriores que igualmente la perspectiva comercial de la prostitución se sirve de legalidad amparada por la corte, solo se vislumbra respecto del desarrollo y explotación de una actividad comercial que es ejercida por el establecimiento a través de sus trabajadores sexuales, pero no se vislumbró un análisis concreto entre el sujeto que ofrece el servicio sexual y el consumidor del mismo. Máxime, si debemos considerar que no puede ser el establecimiento el consumidor del servicio bajo esta modalidad. Por ello nuestra intención de enfocarnos solo en la perspectiva comercial o de derecho privado entre el trabajador sexual y el cliente, ubicando jurídicamente la prostitución consagrando su modalidad o tipología **JURIDICO NEGOCIAL** dentro de esta visión. Ahora bien, si es reconocido como un ejercicio empresarial, entonces igualmente puede ser prestado por formas que gocen de una estructura empresarial.

Proponemos estudiar las implicaciones jurídicas que se derivan del ejercicio de esta práctica bajo el marco de su perspectiva lucrativa²³. ya que tendríamos que ubicar al prestador del servicio sexual dentro de la calificación de comerciante según los postulados de la legislación mercantil, y el ejercicio de actos de comercio entre otras consecuencias jurídicas.

Ahora bien, el eje central del debate es la forma de contratación de estos servicios, ya que tendríamos que ubicarla en los tipos negociales adoptados por la legislación mercantil, o si por el contrario su categoría obedece a la de un contrato atípico. Técnicamente, los contratos atípicos son aquellos que no gozan de regulación o expresa consagración normativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por lo tanto, de ser así, tendríamos que remontarnos al Derecho Internacional para asimilar esta contratación al ordenamiento jurídico colombiano, o utilizando las teorías de la interpretación de los contratos atípicos. También habría de considerarse si se inmiscuye en el campo de una costumbre mercantil

²³Se entendió como una actividad económica regida por el derecho común, a la que le son aplicables el derecho comercial, del derecho tributario y el derecho indemnizatorio. Ver el punto N° 2.5.2.1. Literal B de las consideraciones en la sentencia (Ibídem)

que por disposición del artículo 3 del código de Comercio, tiene la misma fuerza ante la ley comercial.

Esta perspectiva Comercialista tendría grandes implicaciones desde el punto de vista jurídico procesal para la ejecución de obligaciones insolutas o de créditos insatisfechos, ya que de aplicarse el carácter comercial en este sentido, y la modalidad jurídico negocial aplicable, las pretensiones deberán ser incoadas ante la jurisdicción civil atendiendo a los factores de competencia, especialmente el tema de la cuantía.

Respecto de lo anterior, vale la pena mencionar que en el comercio sexual han existido grandes transacciones que tienen severas connotaciones frente al interés existente para recurrir ante la justicia con el propósito de elevar pretensiones o ejecución de obligaciones. Nótese por ejemplo el caso de las denominadas “prepago” definidas como aquellas damas de compañía de grandes personajes prestantes, medio en el cual se ejercen “enormes” transacciones de dinero, incluso, existiendo catálogos de precios como en todo negocio jugoso²⁴.

Creemos que con la llegada del proceso monitorio en Colombia podrían actualmente cobrarse estas obligaciones insolutas pero que por diversas circunstancias no presten mérito ejecutivo, pero con la “institucionalización” de la actividad por llamarlo de alguna manera al adoptar su **tipología jurídica**, es factible que las obligaciones contenidas en los contratos que le den forma a la negociación, generen plenos efectos ante el Derecho, para que puedan ser reclamadas bajo un incumplimiento contractual.

3)Bajo la óptica de la Corte, existe una tercera modalidad que se desarrolla en establecimientos que suelen ser denominados como “reservados”, en virtud de los cuales, los trabajadores sexuales permanecen sin turnos en el sitio y solo obtienen dinero si prestan el servicio. Técnicamente, este tipo de vínculo según la diversidad de las prestaciones, puede encuadrarse dentro de las 2 perspectivas

²⁴Tal como lo manifiesta la relacionista de “mujeres bellas y modelos” a grandes poderes y a la mafia. ¿Las prepago? Revelaciones de MADAME ROCHY al periodista Alfredo Serrano Zabala (2007)

que anteriormente se citaron, ya que puede dar lugar a la generación de prestaciones diversas.

CAPITULO IV

NOCIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS Y SU APLICACIÓN A LA PROSTITUCIÓN.

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Como bien los afirman algunos doctrinantes como CANOSA TORRADO²⁵ los seres humanos en nuestro afán de relacionarnos, como parte integrante de la sociedad, bajo el propósito de solventar y de satisfacer nuestras necesidades, efectuamos relaciones que generalmente son prestacionales con nuestros semejantes. Es así como nuestra naturaleza nos exige regular nuestras relaciones o declaraciones de voluntad capaces de producir efectos externos, o para designar el término que corresponde “efectos jurídicos”. Es por ello que ha surgido con la noción de contrato, el criterio a través del cual se considera a la negociación y regulación de las relaciones entre sujetos como una institución básica de la sociedad. En este sentido coincide FRANCISCO TERNERA BARRIOS al manifestar textualmente que *“el contrato es una de las piezas fundamentales de nuestra sociedad. En efecto, la vida de cada uno de nosotros nos ofrece innumerables ejemplos de esta institución social estructurada”*²⁶. Aun cuando los contratos sean instituciones creadas por los seres humanos, algunos autores como FABRICIO MANTILLA ESPINOSA²⁷ se refieren a este fenómeno como una institución social creada por normas, aunque también coincide en manifestar que los contratos son trascendentales e inherentes a la raza humana. Textualmente indica que *“los contratos no son cosas que existan en el mundo de forma independiente de una comunidad de hombres; por consiguiente, si desapareciera la especie humana, los contratos, a diferencia de las piedras, las montañas, las plantas, etc..., desaparecerían también... El contrato es una institución social creada por una*

²⁵ CANOSA TORRADO FERNANDO. La resolución de los contratos, actualizado con el Código General del Proceso ley 1564 de 2012. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Sexta edición. Pág. 4

²⁶ TERNERA BARRIOS FRANCISCO. Artículo sobre el régimen general del contrato, publicado en el libro Contratos en el Derecho Privado de la universidad del Rosario. Directores académicos FABRICIO ESPONOSA Y FRANCISCO TERNERA BARRIOS. Ediciones LEGIS S.A. primera edición 2007. Pág. 73

²⁷ *Ibidem*. Artículo sobre la formación del contrato. pág. 79

comunidad mediante normas, para cumplir, principalmente, con una función de regulación de intercambios económicos”²⁸

En estas circunstancias, se entiende que a través del ejercicio de actos comunicativos que son la esencia de las relaciones negociales con implicaciones en el mundo de lo real, entre dos o más personas se crea un ejemplo de lo que constituye un contrato, a lo cual, en Colombia, se le otorgan efectos jurídicos a través de los artículos 1495 del código civil y 864 del código de comercio. Estos efectos sustancialmente pueden ser para crear, modificar o extinguir relaciones o vínculos con implicaciones jurídicas. En virtud de lo anterior, se ha creado el ordenamiento jurídico que regula la actividad tanto desde su definición como desde su formación, atribuciones para celebrarlos, elementos que deben concurrir para su formación y que por la existencia de intereses superiores, se restringen o limitan la creación de estos vínculos que puedan resultar lesivos.

2. DEFINICIÓN DE CONTRATO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

Como lo mencionamos anteriormente, de acuerdo con algunos autores²⁹, contrato consiste en un acuerdo de voluntades que se da mediante la realización y exteriorización de ciertos actos de comunicación emitidos y aceptados entre dos o más personas o sujetos de derecho capaces de atarlos jurídicamente mediante la creación, modificación o extinción de relaciones con contenido prestacional y económico. Es así como a través de los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio se define la institución del contrato como “un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos”³⁰, adicionando además, que la noción que trae el código de comercio obedece a una perspectiva jurídico- patrimonial de prestaciones mutuas con el ánimo de enriquecerse.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ MANTILLA ESPINOSA FABRICIO. Ob cit. Pág. 79

³⁰ *Ibíd.*

Es así como estas normas respetan en términos generales las declaraciones de voluntad las partes, otorgándoles incluso el rango de leyes para ellos, lo que en otras palabras significa que les confiere la facultad de crear normas jurídicas de carácter convencional según lo dispuesto en el artículo 1602 del C.C bajo el entendido de que “los contratos son ley para las partes”.

De lo anterior se infiere que generalmente debe existir un acuerdo de voluntades de dos o más personas, resumidos específicamente en una oferta y una aceptación. No obstante, la normatividad colombiana también ha dotado de ciertos efectos jurídicos a actos comunicativos que son expresados por una sola persona. Estos son los llamados actos jurídicos unilaterales. Al respecto se ha dicho en la doctrina que *“el acto jurídico puede ser unilateral cuando requiere sólo la concurrencia de la voluntad de una persona, como la aceptación de una herencia o legado; o bilateral, cuando requiere el acuerdo de voluntades de dos o más personas, como en la compraventa”*³¹

Como consecuencia de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, dadas las implicaciones con ánimo de lucro que tienen las relaciones que regula el Código de Comercio en Colombia, los artículos 845 a 860 de esta normatividad, establecen el procedimiento de emisión y recepción de aquellos actos de habla necesarios para la celebración de un contrato, cuya denominación en la técnica jurídica es “oferta y aceptación”. Como consecuencia de lo anterior, aun cuando se haya emitido una oferta o propuesta, considerada como “el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra”³² y no medie aceptación expresa de la otra parte o persona, la ley le otorga efectos jurídicos. Al respecto reza el artículo 846 lo siguiente *“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.”*

³¹ CANOSA TORRADO. Ob cit. Pág. 7.

³² Código de comercio. Artículo 845.

Lo anterior se recoge también bajo la óptica del nuevo estatuto del consumidor, ley 1480 de 2011, disponiendo la obligación de atarse a lo ofertado y a la publicidad que es emitida con ocasión a la oferta de un producto. Al respecto, dispone textualmente ley en mención *“Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad... Artículo 33. Promociones y ofertas. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.”*

3. REQUISITOS O ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS Y SU APLICACIÓN DENTRO DE LA PROSTITUCION.

Ahora bien, no obstante se exprese una declaración de voluntad, el legislador para otorgarle efectos jurídicos, establece unos requisitos esenciales o condiciones de validez, algunos de estos que son genéricos a todos los contratos, y otros de ellos que son específicos para cada acuerdo de voluntades.

Dentro de estos genéricos para todos los negocios jurídicos, están los consagrados en el artículo 1502 del Código Civil colombiano, dentro de los cuales se encuentran: Capacidad, Consentimiento libre de vicios, Objeto lícito y Causa lícita, a los cuales les haremos un análisis detallado y su configuración frente a la prostitución, con énfasis en los dos últimos, especialmente el objeto.

3.1 CAPACIDAD

Sobre la capacidad se ha dicho que es una de las figuras de mayor tradición en los ordenamientos jurídicos occidentales tanto en el sistema continental como en el *common law* anglosajón³³ ya que con este instituto se garantizan las libertades individuales de las personas siendo que se concede la posibilidad que tienen las personas de adquirir derechos y obligaciones por sí mismas, tal como ocurre con la ciudadanía y el tema relacionado con la mayoría de edad. Ahora bien, el tema de la edad no es uniforme en las legislaciones, por lo que existen variedades tanto como la edad para adquirir la capacidad relativa o la capacidad absoluta. Este

³³ LEÓN ROBAYO EDGAR IVÁN. Artículo titulado “La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico” publicado en el libro “los contratos en el derecho privado” ob cit. Pág. 83

criterio ha sido estudiado como un atributo de la personalidad, definido como “la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho”³⁴. Esto en otras palabras significa la posibilidad que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones ante la ley. Frente a esta definición como atributo de la personalidad, la institución de la capacidad hoy en día ha sido vista como un poder que no se le reconoce a todos los sujetos para realizar actos jurídicos, por lo que hay sujetos que carecen de capacidad, y no es por lo tanto, un atributo intrínseco de la personalidad. Por esta razón, si se determina que hay personas que carecen de ella para intervenir en actos jurídicos, su estudio obedece a la validez de los negocios jurídicos y no de la persona³⁵. Según este autor, la discusión se plantea desde la naturaleza jurídica de entidades como los patrimonios autónomos que gozan de capacidad pero no de personalidad.

Respecto de la capacidad, se ha dividido en 2 clases: Capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es aquella conocida como la “capacidad jurídica, adquisitiva y esencial”³⁶ consistente en aquella aptitud que tiene un sujeto para contraer derechos y obligaciones. Esta es la capacidad que se ha estructurado como un atributo de la personalidad que nace y muere con la persona, por consiguiente, toda persona tiene capacidad de goce. Respecto de la capacidad de ejercicio, también conocida como capacidad de obrar, es aquella que se circunscribe al ámbito negocial, consistente en “la aptitud de la persona para administrar por si sola sus derechos, para ejercerlos sin el ministerio o autorización de otra”³⁷. Esta capacidad opera plenamente cuando la persona adquiere la mayoría de edad.

Específicamente, la capacidad de ejercicio es la que se sujeta a ciertas limitaciones, ya que si bien es cierto, todas las personas son titulares de la capacidad de goce, es decir, la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones, no todos gozan de la capacidad de ejercerla, ya que el ordenamiento jurídico

³⁴ LEÓN ROBAYO citando a Angarita J. *Ibidem* Pág. 84.

³⁵. ROBAYO citando a Ospina. *Ibidem*

³⁶ *Ibidem*. Pág 86.

³⁷ *Ibidem*.Pag 87.

protege intereses superiores que se ven en juego, a pesar de mediar autonomía de la voluntad. Esta protección es la institución de la incapacidad.

La incapacidad presenta 3 clases a saber: la absoluta, la relativa y unas denominadas particulares³⁸.

Como bien lo estudiamos en nuestro curso de derecho civil general y personas, la incapacidad absoluta es aquella que protege a las personas que debido a circunstancias como la edad o su estado mental o físico, no pueden expresar plenamente su voluntad, generando para ellos una prohibición para ellos ejecutar cualquier acto. Es así como a través del inciso segundo del artículo 1747 del C.C se establece que *“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”* en concordancia con el artículo 899 del C.Co el cual dispone que *“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos (...)3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”* (Negrillas fuera de texto)

Los incapaces absolutos por mandato legal son los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. La intervención de este tipo de personas siempre requerirá la intervención de sus representantes legales.

Los menores impúberes en Colombia son aquellos menores de 14 años, momento a partir del cual gozan la incapacidad denominada como “relativa”.

Respecto de los dementes o enfermos mentales, se requiere que una autoridad judicial o administrativa los haya declarado incapaces como interdictos, ya que mientras esto no ocurra, ante los ojos de la ley se reputan capaces.

La incapacidad relativa es aquella en virtud de la cual la ley le otorga la posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos directamente a algunos sujetos, que a pesar de

³⁸ León Robayo, Haciendo una cita de la obra de Betti, manifiesta que la incapacidad puede tener un carácter particular y relativo, es decir, constituir una circunstancia inidónea para realizar negocios jurídicos, bien sea de cualquier especie o solo para realizar algunos. Ob cit. Pág. 87. En este sentido debe observarse el inciso 4ºto del C.C que reza lo siguiente *“Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”*

tener un discernimiento, su voluntad no puede ser declarada directamente por ellos, por lo que requieren complementar su capacidad con la de otras personas. En este contexto se matriculan los menores adultos, siendo aquellos que se encuentran entre los 14 y los 18 años. En este sentido, si un acto jurídico es celebrado por un incapaz relativo, la sanción aplicable a ese negocio jurídico por disposición del inciso 3° del ya citado artículo 1747 del C.C es nulidad relativa. Bajo la óptica del C.Co, por disposición del artículo 900 se aplica la anulabilidad con las condiciones que allí se establecen³⁹

3.1.1 CAPACIDAD EN LA PROSTITUCIÓN.

Es de anotarse que por razones de orden público, la única capacidad que existe para ejercer la prostitución es ser mayor de edad, ya que en caso de ser ejercida por menores de edad, con el consentimiento de su representante legal implicaría explotación sexual y/o la comisión de delitos sexuales contra menores⁴⁰, por lo tanto, no existiría una distinción entre la incapacidad relativa de los menores adultos, con la incapacidad absoluta de los menores impúberes, sino que solo se miraría como una incapacidad absoluta. En este sentido, cuando es ejercida por un menor de 18 años no podría hablarse de una nulidad relativa del negocio según el C.C o la anulabilidad según el C.Co, si no que el acto jurídico estaría sancionado con nulidad absoluta, ya que además de no encontrarse la distinción

³⁹ Dice el artículo 900 del C.Co lo siguiente *“Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.”*

⁴⁰ Algunos de estos delitos son el artículo 217 del Código penal que reza lo siguiente: *Estímulo a la prostitución de menores: 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 219-A que reza lo siguiente: Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años, y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes*

en las formas de incapacidad, si bien la actividad expresamente no se consagró prohibida para los menores, el Código Penal acogió una tendencia abolicionista, sancionando a quien solicite o facilite la utilización de medios para el contacto sexual con menores de 18 años o para el ofrecimiento de los servicios de estos⁴¹

Esta parece ser la tendencia que adoptaría el legislador al expedir un cuerpo normativo que legalice la práctica sexual⁴²

3.2 CONSENTIMIENTO.

Al iniciarse el estudio sobre los negocios jurídicos, se dijo que estos consistían en acuerdos de voluntades que deben ser expresadas por las partes. La denominación técnica de la voluntad expresada por las partes se conoce como “Consentimiento”, que en palabras de OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA “*no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer*”⁴³. Bajo este criterio también puede expresarse un consentimiento cuando se adhiere voluntariamente a la declaración de la voluntad de la otra parte, y es por ello que se dice que el estudio del consentimiento no se reduce solo a la

⁴¹ El Artículo 219-A ibídem sanciona la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer u obtener servicios sexuales con menores.

⁴² En el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 79 de 2013 del Senado en su artículo tercero, con las proposiciones presentadas por la senadora Gloria Inés Ramírez, se define la prostitución como “*aquella actividad económica mediante la cual una persona mayor de 18 años presta servicios sexuales a otras personas, físicamente a cambio de una remuneración. La prostitución tendrá lugar cuando se cumplan los siguientes criterios: 1. Respeto por la libertad y dignidad humana, así como los derechos ajenos. 2. **Respeto a los límites más severos previstos en los tipos penales del Título IV, Capítulo IV del Código Penal, además de cualquier otro delito.** 3. Cumplimiento de las normas de convivencia ciudadana y comportamiento social existentes y las normas relacionadas con el uso del suelo y la salubridad.” (negrillas por fuera del texto original). Así mismo, en un artículo adicionado por la misma senadora que impone los deberes de los clientes y/o usuarios de los servicios sexuales, en el numeral 10 se consagra lo siguiente “*Abstenerse de contratar la prestación de servicios sexuales con menores de edad y con personas que se encuentren en situación de explotación sexual; y denunciar ante las autoridades competentes los casos y lugares en que este tipo de actividad ilícita tiene lugar, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV del Código Penal, la Ley 1336 de 2009 y el Código de Infancia y Adolescencia, artículo 20 y artículo 89.*” Consultado de http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento_tipo=22&p_numero=79&p_cosec=37970.*

⁴³ Ospina Fernández Guillermo y Ospina Acosta Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial TEMIS librería. Bogotá Colombia. Edición 1980. Pág. 149

declaración de las voluntades individualmente consideradas, sino que debe ventilarse o tratarse a partir de la fusión o convergencia de las actuaciones personales de los sujetos intervinientes en el acto⁴⁴.

En virtud de lo anterior, para OSPINA Y OSPINA solamente existe consentimiento en el momento en que todas y cada una de las partes han manifestado sus voluntades encaminadas hacia el mismo querer o propósito. Con este criterio también concuerda ORTIZ MONSALVE manifestando que aun cuando el Código Civil no lo haya definido expresamente *“en realidad para que haya contrato o convención se requiere la declaración de voluntad de las partes que intervienen y no de una sola de ellas”*⁴⁵

Cuando se habló de la formación del contrato, mencionamos que deben existir 2 actos: una propuesta u oferta como proyecto de negocio jurídico, a pesar de reconocérsele efectos individualmente considerada en algunos casos, y la aceptación de esta oferta.⁴⁶

Para que exista consentimiento se ha dicho que se requiere la existencia de dos o más declaraciones de voluntad, que además sean comunicadas, teniendo una finalidad común y que sean concordantes⁴⁷

Respecto de la declaración de voluntad, tiene efectos en Colombia solo cuando se exterioriza, cuando es declarado y pactado, independientemente de que sea o no lo querido internamente por las partes, salvo cuando existe una situación que generó confusión en la declaración de la voluntad. Esto es lo que técnicamente se conoce como “vicios del consentimiento”. Estos vicios generalmente aceptados son el error, la fuerza o la violencia y el dolo.

Sobre el error, existen variables como cuando existe una disparidad sobre la naturaleza del contrato, que se presenta cuando una de las partes entiende otro contrato diferente al que expresa la otra, conocido como “error de hecho sobre la

⁴⁴ Ospina y Ospina hacen una cita de lo expresado por Ulpiano en el Digesto. *Ibidem*.

⁴⁵ Ortiz Monsalve Álvaro, artículo titulado “consentimiento” publicado en el ya citado libro LOS DERECHOS EN EL CONTRATO PRIVADO. Pág. 107

⁴⁶ Ver pág. 49

⁴⁷ Ortiz Monsalve. Ob cit. Pág. 108 y 109

naturaleza del contrato”, el error que se presenta frente a la naturaleza del objeto, o a la sustancia de este, que se presenta cuando la sustancia o calidad del objeto sobre el que recae el acto es diverso a lo que se cree, por ejemplo un carro contrario a una moto; o de aquel error que se presenta en consideración a la persona bajo lo dispuesto en el artículo 1512 del C.C, que genera a favor de la persona con quien erradamente se ha contratado, derecho a la reparación de los perjuicios en que por buena fe haya incurrido si se decreta la nulidad del contrato, que además debe ser excusable para declararse probado.

Respecto de la fuerza o violencia, se presenta una ausencia de la libertad y de la autonomía de la voluntad, lo que genera como consecuencia que el sujeto intimidado termine aceptando lo que se le exige por temor a un mal inminente e irreparable, o asimile esa amenaza grave o moral en su ámbito interno para emitir una declaración de voluntad como consecuencia de aquel temor.

Con el dolo contractual como vicio de la voluntad de las partes, lo que se sanciona es el aprovechamiento de una de las partes que mediante artificios o maniobras induce a otra a contratar.

ORTIZ MONSALVE sostiene que existe una “reserva mental” que bajo su dicho es entendida como *“la discrepancia consciente entre lo declarado y lo realmente querido, proveniente de una sola de las partes, es querer la declaración de voluntad, pero no querer los resultados”*⁴⁸ Esto técnicamente se asimila a lo que se conoce como “los negocios simulados” aun cuando la simulación debe ser conocida por ambas partes, mientras que esta reserva mental es de una de ellas y en la práctica resulta prácticamente imposible probarla.

Los vicios de la voluntad generan como sanción al negocio jurídico una nulidad relativa por disposición del artículo 1741 del C.C, y anulabilidad según el artículo 900 del C.Co.

3.2.1 CONSENTIMIENTO EN LA PROSTITUCIÓN:

⁴⁸ Ibídem.Pag 113. Citando su obra “manual de obligaciones” Edit. TEMIS Bogotá 2003. pág. 41.

El consentimiento en la prostitución en la perspectiva que nos ocupa, se presenta cuando se expresan las voluntades del trabajador sexual y del consumidor existiendo un acuerdo sobre el precio del servicio y las condiciones del servicio que se va a prestar. Tal como lo pudimos observar en nuestra inspección a algunos establecimientos donde se ofrece la prostitución, que consta en documento adjunto, claramente se evidencia que para que las trabajadoras sexuales de los sitios, una vez eran solicitadas por los consumidores o clientes a la mesa, estas presentaban una oferta de sus servicios y cuáles de ellos eran ofrecidos, es decir, si es un sexo vaginal, vaginal y oral o incluyendo el anal también. En este sentido, es la persona que va a consumir quien acepta el precio o solicita una transacción. Una vez se ha aceptado el precio, o la oferta presentada por el consumidor, se puede hablar de un consentimiento expreso. ¿Podría hablarse de un consentimiento tácito? Creemos que puede haberlo cuando no se dice expresamente que se acepta, pero se ejecutan actos que permiten inferir una aceptación. Tal es el caso del prestador del servicio sexual que no ha expresado de viva voz una aceptación de la propuesta del consumidor del servicio, pero que se desnuda o inicia los actos sexuales. Afirmar una aceptación tácita de un consumidor quizás es más complicado, pero se puede dar cuando sin expresar su voluntad de “viva voz” recurre a la habitación con el servidor sexual.

Frente a los vicios del consentimiento pueden tener la misma aplicabilidad sin ningún contratiempo respecto de los errores, aunque sea muy tedioso encontrar un error en cuanto a la naturaleza del contrato siendo que los matices de la prostitución son muy peculiares como para que sean confundidos por otro tipo contractual, pero es perfectamente válido que frente a la sustancia del objeto se incurra en el error de aquel cliente que crea que el servicio incluya otras prestaciones diferentes como incluir el sexo anal que no es ofrecido por el servidor o servidora sexual.

Frente a la fuerza o violencia, pasaría lo mismo que ocurre respecto de la incapacidad relativa, en el entendido de que no existiría como un vicio del consentimiento que pueda ser sancionado con nulidad relativa. En este sentido

habría objeto ilícito toda vez que no se cumpliría con los parámetros de licitud esbozados por la corte en la sentencia, rayando con la comisión de algunos delitos sexuales como el constreñimiento a la prostitución cuando la fuerza o la violencia es ejercida contra la persona que va a prestar el servicio sexual. Por el contrario, cuando la violencia se ejerce contra el consumidor, si es viable que se alegue fuerza o violencia como vicio del consentimiento.

3.3 OBJETO Y CAUSA Y ANALISIS SOBRE EL OBJETO ILÍCITO Y CAUSA ILICITA.

Debemos ahondar un poco en lo que respecta al objeto y la causa de las obligaciones, determinar el objeto y la causa en la Prostitución para así dar paso a lo que es el objeto y causa ilícita.

Algunos doctrinantes como Tamayo Lombana ⁴⁹ manifiestan que entre las condiciones de eficacia de un negocio jurídico se encuentra el objeto lícito.

Se hace una distinción entre lo que constituye objeto de la obligación y el objeto del contrato. Bajo el dicho del autor citado, es objeto del contrato, el tipo de operación jurídicamente hablando que las partes escogen libremente como regulador de su negocio, esto es en otras palabras, la materia del contrato y los intereses en el regulados. Por otro lado, es objeto de las obligaciones la prestación o prestaciones que se originan en el tipo de contrato celebrado, y que a raíz de ellas se pueden exigir tales prestaciones.

Realmente la discusión se origina a partir del objeto de las obligaciones, ya que en últimas son estas las que condicionan la validez de las prestaciones o incluso del mismo contrato genéricamente hablando.

Pero técnicamente, ¿que constituye el objeto de la obligación? De acuerdo a lo manifestado por CAPRILE BIERMANN *“parte de la doctrina afirma que el objeto de la*

⁴⁹ Tamayo Lombana Alberto, Manual de obligaciones, Teoría del acto jurídico y otras fuentes cuarta edición 1994 editorial TEMIS. Pág. 202 y ss.

obligación es la prestación prometida, la que a su vez tiene un objeto (sic), que es la cosa que el deudor se obliga a dar, el hecho que se obliga a ejecutar o una abstención."⁵⁰

Ahora bien, en términos generales, se ha dicho en la doctrina ⁵¹ que en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, los particulares están investidos de plenas facultades para arreglar por si mismos su relaciones a través de la constitución u otorgamiento de actos jurídicos como tales, que se materializan en la celebración de contratos. A pesar de ello, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por intereses públicos que se anteponen a ella, por lo que debe ceder ante ella. Es por ello, que ha manifestado nuestro Código civil, en su intención de mantener ese límite, que los actos jurídicos, o en sus prestaciones no deben ser contrarios al orden público o a las buenas costumbres, por lo que de ello se deriva su licitud. A contrario sensu, los actos jurídicos o sus prestaciones se encauzan en una ilicitud cuando contravienen los anteriores miramientos.

Colorario de lo anterior, en esta ocasión proponemos ofrecer un estudio complementario de aquel efectuado por el análisis que hace la corte Constitucional sobre las disposiciones del código civil que regulan el tema del objeto ilícito, que fueron abordadas con la visión garantista a que obliga la constitución de 1991.

Es de anotarse en primer lugar, que según el artículo 1518 del C.C, el objeto sobre el que recae una obligación ha de ser física y moralmente posible, deduciéndose por sustracción de materia, y así lo emplea la misma disposición, que es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

⁵⁰ Bruno Caprile Biermann. El objeto de los actos jurídicos. Artículo publicado en los Contratos en el Derecho Privado. Ob cit. Pág. 142

⁵¹Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina acosta. Teoría general del contrato y del Negocio jurídico Séptima edición 2005, editorial TEMIS S.A. Pág. 244

Como ya lo habíamos anunciado antes, es aquí donde se suscita el eje del debate, en el que la corte en la sentencia contextualiza lo que es contrario a las buenas costumbres a la luz del derecho a partir de la constitución de 1991.

Para nuestro análisis, sin obviar lo sentado por el alto tribunal, citaremos lo preceptuado en el Código Civil.

El artículo 1519 de la misma normatividad, plantea expresamente la ilicitud del objeto, estableciendo que “hay objeto ilícito en todo lo que al derecho público de la nación...” así mismo, también se enuncian normas en las que se restringe la autonomía de la voluntad o de disposición como el artículo 1520 en materia sucesoral como el derecho mismo de suceder que no puede ser objeto de negociación aun cuando intervenga el consentimiento expreso de la persona.

En otros artículos como el 152, se expresa lo siguiente:

“Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”.

En el artículo 1523, se dispone que *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”.*

También se abordan las disposiciones relativas a la causa de las obligaciones. Sobre la causa de las obligaciones, dice el artículo 1524 lo siguiente: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

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

promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

De acuerdo con Tamayo Lombana, la causa se resume en el porqué, razón de ser, móviles o motivos que impulsan la celebración del acto jurídico. Esto se resume en el fin perseguido por la parte que celebra una negociación, o un acto jurídico, aun cuando existan teorías y discusiones subjetivas sobre la causa.

En este orden de ideas, tal como concluyó la corte, el objeto ilícito es el que controvierte al Derecho público de la Nación, es decir, el que contempla prestaciones y obligaciones expresamente prohibidas por la ley o excluidas de la libre disposición de los sujetos, a diferencia de La causa ilícita, por la cual se entiende como los motivos para celebrar el acto o contrato que estén expresamente prohibidas por la ley o contrarias a *“las buenas costumbres”* o a *“normas imperativas del ordenamiento”*.

En virtud de lo anterior, por disposición del artículo 1525 CC.: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, así mismo, el artículo 1741 C.C., establece que la ilicitud tanto del objeto como de la causa generan nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico, sin que se pueda repetir lo pagado a sabiendas tal cual como lo hemos citado.

3.3.1 OBJETO EN LA PROSTITUCIÓN.

Como bien lo manifestamos, el objeto es el eje problemático dentro del reconocimiento de la prostitución como negocio jurídico. Pues bien, podemos considerar como objeto la prestación del servicio sexual, incluyendo el uso del cuerpo con fines sexuales a cambio de una retribución en dinero. Esto se concluye si miramos que lo que se obligan a entregar las partes es lo siguiente: por parte del consumidor, a pagar una suma de dinero por el servicio contratado, mientras que el servidor o servidora sexual se obliga a conceder el uso del cuerpo con fines sexuales y a prestar un servicio sexual.

Lo anterior pone en evidencia que para el servidor sexual, existen 2 tipos de obligaciones. La primera es una obligación de hacer a favor del cliente, consistente en la ejecución de actos libidinosos sobre aquel contratante que estén dentro de lo pactado por aquel; la segunda es una obligación de dar consistente en la entrega del cuerpo para uso sexual del cliente, con el propósito de que aquel “descargue” sus fantasías sexuales en el cuerpo de este servidor.

Habiéndose determinado el objeto en el negocio Jurídico de prostitución, recordando la extensión de los criterios que implican ilicitud en el objeto bajo la visión contemporánea de la corte, No obstante habiéndose avalado la licitud del ejercicio del trabajo sexual en la mentada sentencia, vale la pena preguntarse respecto de la obligaciones de dar el cuerpo para uso ¿Ha permitido expresamente el ordenamiento jurídico colombiano que se celebren actos jurídicos sobre el cuerpo humano?

Para resolver este interrogante haremos un breve recorrido a los criterios jurídicos con los que se ha abordado la disposición del cuerpo, lo cual implica que miremos algunos negocios jurídicos en este sentido que al parecer ya tienen vía libre en Colombia bajo ciertos requisitos como el alquiler de vientre o maternidad por sustitución en la gestación.

3.3.1.1 CRITERIOS JURIDICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE ESTE.

De antaño ha existido una discusión sobre los alcances que tiene el cuerpo humano como objeto de una contratación o negociación, siendo mayoritaria la tendencia a considerar la ilicitud o prohibición de este tipo de prestaciones. No obstante, en la actualidad se está abriendo paso a una tendencia cuyo fin primordial consiste en estudiar la corporalidad y su dimensión ante el Derecho avalando ciertos actos dispositivos sobre este. ILVA HOYOS CASTAÑEDA⁵² ha

⁵² HOYOS CASTAÑEDA ILVA MYRIAN. Artículo titulado “ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO” publicado por el centro de estudios sobre genética y derecho de la

elaborado un abordaje jurídico filosófico sobre la dimensión de nuestro cuerpo. Manifiesta la doctrinante que aquella tendencia consistente en prohibir los actos jurídicos sobre el cuerpo, posición llamada como el principio de la no disponibilidad del cuerpo, proviene del derecho Romano, en virtud del cual reinaba el criterio apodado “triada gayana”⁵³ como la relación jurídica trifásica entre Personas, cosas y acciones, considerándose como el imperante para distinguir una relación jurídica propiamente dicha. Esto en otras palabras se resume en que el derecho existe o surge por las personas, pero no puede existir si no hay controversias entre las personas por las cosas. Por lo tanto, las acciones entran en juego como la forma ritual de discusión entre las personas. Bajo este sentido, solo existe el derecho porque existen las personas, los bienes y las acciones como mecanismo para resolver las relaciones que se derivan entre las personas a través de los bienes.

En palabras de HOYOS CASTAÑEDA, quien enuncia la máxima de la no disponibilidad del cuerpo fue ULPIANO en el *DIGESTO*⁵⁴ a través del cual se dispuso que el hombre libre no tiene propiedad sobre su propio cuerpo. Esto tuvo un fundamento lógico entre los romanos, porque para ellos al no ser el cuerpo una “res”, no es susceptible de pertenencia personal ni mucho menos de apropiación. En virtud de lo anterior, aquello que no tiene las características de un bien o de una cosa, queda excluido del comercio, estando inmerso entonces el cuerpo dentro de esta máxima, por lo que es redundante decir que no existía ningún derecho de dominio o de propiedad, ni derecho de disposición sobre este, ni mucho menos, actos de disfrute sobre los frutos que produzca el cuerpo.

universidad Externado de Colombia en el primer seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, coordinado por EMILSEN GONZALEZ DE CANCINO. Edición 2003. Pág. 251.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 252.

⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 253. La autora hace la cita textual de la expresión plasmada en el Digesto “*dominus membrorum suorum nemo videtur*”.

Con este p eteo criterio, se consideraba que quien sufría daño sobre su cuerpo, no debía acudir a una acci3n directa de reparaci3n, sino que, debía hacer uso de la acci3n de injuria que estimaba la ofensa sobre la persona, mas no el da o⁵⁵.

Años más tarde, surgi3 una idea de disposici3n relativa del cuerpo, implementada por los fil3sofos cristianos de la edad media, en virtud de la cual, se acepta que si bien es cierto, la vida es un don de Dios y no puede el hombre disponer de ella, el ser humano si es custodio y a su vez administrador de esta vida que ha recibido del ser supremo, por lo que se considera que en atenci3n a un instinto de conservaci3n y cuidado, el hombre tiene sobre su vida y sus miembros corporales un dominio útil. Siguiendo lo planteado por la autora citada, este pensamiento tiene mayor auge con el surgimiento de la noci3n de Derechos naturales, permitiendo incluir como categoría jurídica, aunque de forma muy incipiente, cierta disposici3n del hombre sobre su propia vida y miembros con fundamento en el derecho y deber de conservarlos. Uno de los principales precursores de esta tendencia fue TOMAS DE AQUINO en su obra titulada *Suma Teol3gica*⁵⁶. Este pensamiento tiene como principal sustento la relaci3n existente entre el cuerpo como un todo y las partes de él, bajo el entendido de que los miembros del cuerpo humano son partes que carecen de autonomía y de cualquier valor independiente. Esta concepci3n moralista cristiana de disponibilidad relativa del cuerpo con fines de preservaci3n fue defendida por un gran número de juristas,

⁵⁵ Textualmente manifiesta la autora *“el texto citado del digesto hace parte de los comentarios a la ley aquilia, que estableci3 la acci3n de daño injusto que sufre un propietario en detrimento de una cosa que le pertenece, disposici3n que se entendi3, según da cuenta de ello GAYO, como la exigencia de una relaci3n causal corporal, es decir, como el hecho de que el daño se cause directamente con alguna parte del cuerpo. De esta forma, quien era sujeto pasivo de lesiones sobre su propio cuerpo, no podía hacer uso de la acci3n directa de la ley aquilia... que se refería al daño inferido a los esclavos, a los animales y a las cosas corporales e incorporales, si no que debía hacer uso de la actio iniuriarum, o acci3n de injurias, que a diferencia de la ley aquilia, estimaba la ofensa y no el daño...”* *Ibidem.* pág. 254.

⁵⁶ La autora hace una cita textual del Aquino cuando responde que es ilícito suicidarse de la siguiente manera *“respondeo dicens quod seipsum occidere est omnino illicitum”* como respuesta al interrogante que el mismo se plantea  le es lícito a alguien suicidarse?  es lícito, en algún caso, mutilar un miembro? Dice Hoyos Castañeda que fundamenta su respuesta en 3 razones: La primera porque todo ser se ama naturalmente, por lo que todo ser debe conservarse y resistirse a lo que pueda destruirlo. La segunda porque por ser el hombre un ser perteneciente a la comunidad, al privarse a sí mismo, tambi3n injuria a la comunidad. La tercera porque la vida es un Don divino sujeto a la potestad de Dios. Por lo tanto puede disponer como custodio de esa vida sin que ello signifique afectarla. *Ibidem.* Pág. 257.

pero fue reestructurada al criterio de derecho por GUILLERMO DE OCKHAM ⁵⁷, especialmente bajo el criterio de derecho subjetivo vinculado a la libertad y potestad como manifestación del dominio del sujeto, potestad otorgada por el derecho positivo. A partir de esta concepción, la triada de los romanos (personas-cosas-acciones) sucumbe ante una nueva triada de las relaciones jurídicas: Persona-dominio-cosas.

En este mismo sentido, CONRADO DE SUMMERHART manifestó que ese dominio natural consiste en una voluntad libre. Si la libertad es un derecho, el hombre tiene derecho sobre sí mismo y también sobre su propia corporeidad⁵⁸, teniendo derecho efectivo de hacer lo que le plazca. A Partir de este criterio, surge una nueva triada de las relaciones jurídicas: Persona-dominio-libertad.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el dominio sobre el cuerpo que nace en virtud de la libertad, consiste en un dominio ontológico y natural, que en nada tiene que ver con el dominio jurídico o derecho de propiedad.

Siguiendo lo expuesto anteriormente, DOMINGO DE SOTO manifestó que el derecho y el dominio son distintos porque no toda facultad para disponer de algo constituye derecho⁵⁹. El Derecho es algo más superior al dominio, por lo que entiende que el derecho consiste en aquella igualdad que la justicia le concede a los hombres, mientras que el dominio es aquel poder que un señor o propietario tiene sobre las cosas de que se sirve. Para este autor, aun cuando el hombre no tenga derecho absoluto o jurídico sobre su propia vida o sobre su cuerpo como un todo, si puede tener un dominio sobre las partes o miembros de este.

Posteriormente junto con el Renacimiento, surgió una tendencia sobre el derecho absoluto a la disposición del cuerpo. Esta posición significó el desprendimiento del pensamiento jurídico respecto del pensamiento cristiano. El principal exponente fue RENÉ DESCARTES determinando que el ser es una sustancia que tiene un alma distinta al cuerpo, en la que el alma tiene una función pensante y el cuerpo de

⁵⁷ Ibídem. Pág. 259.

⁵⁸ Ibídem. Pág. 261.

⁵⁹ Citado por Hoyos Castañeda. Ob cit Pag.263

simple extensión. Sin embargo, ambas tienen una relación sustancial⁶⁰ de sensaciones que en primera medida se perciben a través del cuerpo, pero que son captadas a través del alma. Esto quiere decir que para DESCARTES en últimas, es la conciencia el fundamento de toda certeza y eje de la relación entre el pensamiento y el cuerpo. Lo anterior tiene que ver con el desarrollo de la teoría de la subjetividad⁶¹ y su importancia para la ciencia jurídica⁶².

JHON LOCKE aplicando la teoría de la subjetividad, plantea que sin conciencia no hay persona ni identidad personal, lo que en últimas constituye la base para la comprensión de valores como la justicia, el derecho, etc⁶³. En este sentido manifiesta que sólo son imputables al hombre las acciones respecto de las cuales tenga conciencia, además de ello, asociada a la libertad, ya que el la libertad es un bien esencial para que los hombres puedan regular sus acciones, sus bienes, su propia persona entre otros elementos, dentro de los límites que establece la ley, por lo que cada hombre tiene propiedad sobre su misma persona como propiedad absoluta. Bajo esta perspectiva, la triada se funda en los siguientes pilares: Persona-libertad-conciencia.

Con esta misma influencia EMMANUEL KANT concibió jurídicamente a la libertad como un derecho originario y único que le corresponde y le es inherente a todo hombre en virtud de su pertenencia a la humanidad, derecho éste que tiene como límite la libertad externa de los demás seres humanos. En virtud de este derecho,

⁶⁰ Hoyos Castañeda hace una cita textual del “Discurso del método” en la que Descartes describe al ser como sujeto pensante en la que determina que la función del alma es pensar y es algo distinto al cuerpo teniendo cada uno una función que le es inherente. Sin embargo, existen como esencia del ser teniendo una unión “sustancial” en la que el ser pensante experimenta sus sensaciones, pero que son percibidas en primera medida por el cuerpo. *Ibidem*. Pag 268.

⁶¹ La teoría de la subjetividad consiste en la propiedad de las percepciones, argumentos, lenguaje y demás sensaciones, basados en el criterio o punto de vista del sujeto. Se dice que en la filosofía, la subjetividad se refiere a las interpretaciones y a los valores específicos que marcan cualquier aspecto de la experiencia. Consultado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Subjetividad>

⁶² En palabras de Hoyos Castañeda “*la construcción de la teoría de la subjetividad tiene importantes alcances jurídicos, porque con ella se defienden(sic) las(sic) tesis de que el derecho sólo puede tener su origen en una realidad pensante y de que la legitimidad de una acción jurídica depende exclusivamente del uso de la libertad, que solo percibe instrucciones de la conciencia.*” Ob cit. Pág. 269.

⁶³ *Ibidem*. Pág. 270

están comprendidas las facultades de tan grande envergadura como la de ser dueño de sí mismo⁶⁴.

Actualmente, existe una nueva tendencia considerada como “dimensión jurídica de la corporeidad”⁶⁵. Esta posición en realidad no es del todo novedosa, toda vez que realmente se sustentan en los filósofos griegos como PLATÓN quien en diálogos presentados parte en el *Fedón* y parte en el *Fedro*⁶⁶ se muestra como testigo de conversaciones en las que participó SOCRATES en las cuales se evidencia que la enseñanza radica en pensar que el cuerpo no puede ser separado del alma y por ello, el cuerpo sin el alma no implica corporeidad, por lo que la corporeidad evoca una idea de singularidad y de irrepitibilidad de la persona. En este sentido, también afirmó PROTAGORAS en su célebre frase conocida como la expresión “homo mensura”⁶⁷ en la que considera que “el hombre es la medida de todas las cosas”⁶⁸, razón por la que las cosas tienen una medida humana que las hace adaptables a él, y es por ello que manifiesta que el cuerpo es capaz de adscribirse cosas o aquello que el hombre fabrica y/o usa. Esto quiere decir en otras palabras, que el cuerpo humano es posesivo ya que sin él no puede constituirse ningún dominio, lo que significa que como posesivo que es, tenga diferentes connotaciones tales como expresión de existencia, de alteridad, de comunicaciones, de sensaciones, de fecundidad, procreación, entre otras, circunstancias que hacen dotar al cuerpo de una dimensión jurídica. El derecho se nutre de la corporeidad con el concepto de persona, adscribiendo esta connotación a la corporeidad del sujeto. Para HOYOS CASTAÑEDA si el ser humano o la persona es incomprendible sin su corporeidad, y por lo tanto, si la persona es

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 275.

⁶⁵ Hoyos Castañeda manifiesta que con el tránsito de la no disponibilidad del cuerpo a la disponibilidad del cuerpo se da como resultado de los estudios y por ende de los cambios que se han dado a través del estudio de la persona, el derecho y el cuerpo. Tanto la época clásica que insistió en la no disponibilidad del cuerpo como la época moderna que ha insistido en la noción de autonomía, han olvidado los criterios netamente jurídicos. Por esta razón, manifiesta que surge la perspectiva de la dimensión jurídica de la corporeidad que expone fundamentos distintos a los criterios religiosos y morales. *Ibidem*. Pág. 278.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ fórmula abreviada de la frase “*Homo omnium rerum mensura est.*” Consultado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Prot%C3%A1goras>

⁶⁸ Frase citada también por Hoyos castañeda bajo el entendido de que constituye una raíz para entender la capacidad del hombre de tener su propio cuerpo. Ob cit. Pág. 281

el fundamento del derecho, el Derecho no puede ser comprensible y ajeno a la corporeidad, resultando una íntima relación entre el derecho y el cuerpo aunque con unos límites que actualmente no se relacionen quizás con prejuicios morales o religiosos, si no con el concepto de dignidad humana⁶⁹.

Es de anotarse que como lo afirma GARCIA ARANGO⁷⁰ en la actualidad jurídica colombiana, se han tomado varias medidas aun cuando solo versen sobre la venta de componentes anatómicos. En este sentido, textualmente expresa el autor *“la ley 73 de 1988 prohíbe en artículo 7° el ánimo de lucro para la donación o suministro de los componentes anatómicos a que se refiere esta ley. En el decreto 2493 de 2004 destino (sic) el artículo 15 a la prohibición de lucro, en los siguientes términos: prohíbe el pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al banco de tejidos u órganos, a la IPS, a la EPS, a los intermediarios sean personas naturales o jurídicas, cobrar a quien recibe el órgano e incluso hacer publicidad buscando alguna remuneración. Así mismo, el Decreto 1571 de 1993, norma vigente que regula lo relacionado con la sangre en los artículos 4° y 28° dispone que la sangre humana sólo pueda ser extraída sin ánimo de lucro. Además, está la ley 919 de 2004 que prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico...”*⁷¹

A pesar de que las anteriores disposiciones se limiten a regular actos jurídicos relativos a la tradición y consiguiente desprendimiento de una parte del cuerpo, solamente se ha limitado a regularse, o más bien a prohibirse este tipo de negocios sobre la compra venta de partes del cuerpo que no tengan restructuración o resurgimiento como los órganos vitales, dada la preservación de la integridad de quien se desprende de su órgano funcional; respecto de la disposición para uso del cuerpo sin que implique desprendimiento de aquella parte que se usa, no ha sido expresamente prohibido por el legislador, y por el contrario se han admitido, al igual que con la prostitución, aun cuando sea de forma tácita, o

⁶⁹ Ibídem. Pág.

⁷⁰ GARCIA ARANGO GUSTAVO ADOLFO, artículo titulado “ES MI CUERRPO Y EL ESTADO NO LO ADMINISTRA” articulo derivado de la investigación “algunas implicaciones jurídicas del comercio de componentes anatómicos en Colombia y otros países latinoamericanos. Pág. 223. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/10093/9296>.

⁷¹ Ibídem.

mediante la jurisprudencia, algunos negocios jurídicos sobre el cuerpo que miraremos a continuación.

3.3.1.2 BREVES CONSIDERACIONES SOBRE NEGOCIOS JURÍDICOS CON EL CUERPO AVALADOS EN COLOMBIA: LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN LA GESTACIÓN.

Esta modalidad también se conoce como “alquiler de Vientres”⁷². Consiste en un acuerdo en virtud del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante una técnica de reproducción asistida, con el objetivo de dar a luz a un niño para que le sea entregado a una pareja que no tenía posibilidad fisiológica para gestar.

FERNANDO ALARCÓN ROJAS en una ponencia al respecto⁷³ manifiesta que son dos las modalidades con las que se presenta el negocio detalladas de la siguiente manera:

“1. la mujer que gesta y que da a luz aporta su material genético pero ha convenido en entregar el producto de la gestación a la persona comitente.

2. La mujer que gesta y que da a luz no aporta su material genético y ha convenido en entregar el producto de la gestación a la persona comitente”⁷⁴

Bajo el criterio de este expositor, sólo la segunda es la que tiene permisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico siendo que en la óptica de la primera, una madre biológica estaría negociando su maternidad, en el sentido de disponer del niño, lo que rayaría tajantemente contra la prohibición constitucional de la trata de personas consagrada en el artículo 17 de la constitución, ya que en este tipo de acuerdo, sería el menor el objeto del contrato porque la madre biológica se comprometería a entregar a cambio de una suma de dinero a un hijo suyo.

⁷² Información consultada de http://es.wikipedia.org/wiki/Madre_de_alquiler

⁷³. ALARCÓN ROJAS FERNANDO. Artículo titulado “EL NEGOCIO JURIDICO DE MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN LA GESTACIÓN, igualmente publicado en el ya citado Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética de la Universidad Externado de Colombia. Ob cit. Pág. 125

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 126.

Ahora bien, la segunda práctica, como bien lo manifiesta ALARCÓN ROJAS, encuentra un fundamento en el artículo 42 de nuestra constitución al consagrar el derecho a la reproducción, ya que la finalidad de este negocio jurídico es permitir que una pareja que por imposibilidad física no pueda procrear, específicamente la mujer, opte por recurrir a otra mujer con la implantación de sus óvulos y los espermatozoides de su marido, con el fin de gestar esta criatura ajena. Ahora bien, al igual que la prostitución, no existe expresa consagración legal que regule esta práctica, en la que además de ello se deriva un estado civil, en el que se involucran intereses superiores del menor, cosa que no ocurre con el comercio sexual en el que solo figura el prestador del servicio y el consumidor.

Este doctrinante estudiando los componentes de este negocio jurídico, concluye que no reviste las calidades de un acto de contenido patrimonial, ya que considera que la relación que se pretende regular recae sobre la maternidad, por lo que no es un bien que pueda ser valorado económicamente, aun cuando con la prestación de este servicio se pueda derivar una compensación económica.

En este sentido, se puede colegir de lo expresado por ALARCÓN que no se trata de un negocio jurídico que pueda ser regulado como actividad comercial y por lo tanto no le puede ser aplicado el derecho comercial ni las reglas jurídico contractuales del código civil, como si podría hacerse a la prostitución. Por lo tanto, se trata de un negocio jurídico que produce efectos en el derecho de familia⁷⁵.

Varios han sido los intentos para legalizar expresamente esta práctica⁷⁶ pero el hundimiento de estas propuestas evidencia una marcada tendencia conservadora en nuestro Congreso de la República, apelando más a los argumentos morales y religiosos que jurídicos.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, al igual que en la prostitución, ha sido la autoridad que ha dispuesto un abrebocas para una eventual regulación

⁷⁵. *Ibidem*. Pág. 132.

⁷⁶ ALARCÓN ROJAS hace un recuento de los proyectos de ley que se han radicado con la intención de regular la maternidad por subrogación en la gestación, sin que se haya logrado aprobar ninguno de estos. El primero de ellos fue el proyecto de ley 80 de 1989, seguido por el proyecto de ley 03 de 1990, el cual pretendía llamarla "maternidad por encargo" e intentó someterla a las disposiciones del contrato de arrendamiento, el proyecto de ley 67 de 1990, proyecto de ley 45 de 2000 y 151 de 2001. Ob cit pág. 129 y 130.

permissiva sobre este tipo de prácticas siempre y cuando se ciñan al ordenamiento jurídico y a los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esto se dio con ocasión a otra sentencia de Tutela que de igual forma, limitó el abordaje jurídico amplio por circunscribirse a un caso concreto y específico objeto de la acción de amparo tutelar, entre otras cosas, porque dentro de aquel expediente, la corporación evidenció que no se trataba de un caso de maternidad subrogada siendo que aquella madre que alquiló su vientre era la madre biológica de los menores (gemelos). Sin embargo, la corte emitió unas consideraciones relevantes y unos requisitos de admisibilidad o elementos esenciales para la existencia de un negocio jurídico de maternidad subrogada que citaremos a continuación:

“...El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”[85]_En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.[86]

Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma.

Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios sus hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que

nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre.

(..)

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”

En Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres.

Precisamente, en el caso que ocupa la atención de esta Sala, el Dr. Marco Julio Velásquez, director del Programa de IVF del Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, reconoció recurrir a esta práctica y haberla recomendado a sus pacientes:

“El centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia, sobre madre sustituta recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.

Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai, de 26 años en ese momento (sic)[95], febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.

Esta candidata se le evaluó (sic) desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándose adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad”. [96]

De acuerdo con la información suministrada a esta Sala por el Dr. Velásquez, a Sarai se le practicaron varios exámenes de laboratorio y se prestó asistencia psicológica, sin embargo en ninguna parte de la historia clínica aparece acreditada este tipo de asistencia. Incluso el Dr. Velásquez niega reiteradamente haber intervenido en el acuerdo económico a que llegó el matrimonio conformado por Salomón y Raquel con Sarai y su madre, pero en el expediente reposa copia de los correos que intercambiaron a través de internet Salomón y el Dr. Velásquez, en relación con la candidata, costos y evolución del tratamiento, información suministrada por la apoderada del señor Salomón en las distintas actuaciones judiciales y administrativas que se han surtido con ocasión de la custodia y cuidado personal de los menores, la patria potestad y el permiso de salida del país.

Es precisamente este vacío normativo al que hace referencia el Dr. Velásquez, el que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

*Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: **(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no***

tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros” 77 (Negritillas fuera del texto original).

Claro se hace pues, que la tendencia en Colombia consiste en prohibir o limitar los actos que impliquen enajenación del cuerpo o de partes de este, pero de manera alguna se prohíbe la concesión del uso de este para la prestación de un servicio a favor de otro, lo que da con el cauce del servicio sexual remunerado y su licitud cuando de él se desprende el uso del cuerpo del servidor sexual con fines de satisfacción del cliente.

3.3.2 CAUSA EN LA PROSTITUCIÓN.

Si ya se definió la causa como los móviles que inducen al acto o contrato, tenemos que concluir que la causa es variable para los sujetos intervinientes en el negocio jurídico de prostitución. Si miramos cuales son los motivos que inducen al consumidor del servicio sexual, para no entrar en conceptos que pueden ser variables o abstractos, determinando los motivos genéricos por los cuales muchas personas recurren a estos servicios sexuales ya sea solteros, casados, jóvenes o adultos, vamos a tener como causa los motivos que tendrían relevancia jurídica. En términos generales la circunstancia que llevan a recurrir a estas prácticas es la satisfacción de la libido sexual. Notamos en nuestra inspección que los visitantes de aquellos establecimientos contrataban al servidor/a sexual cuyos atributos

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia T 968 de 2009 Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

corporales lograban llenar las expectativas de los clientes, como también sus fantasías sexuales con determinado prototipo, bien sea en sus facciones, su color de cabello o sus atributos corporales. Lo mismo ocurriría por fuera cuando las personas ofrecen sus servicios sin vinculación al establecimiento. El cliente generalmente llega a contratar estos servicios atendiendo a las características físicas que posea quien presta el servicio sexual, como también que la oferta del producto se ciña a las perversidades o fantasías que posea esta persona. Nótese que las relaciones sexuales por vía anal, no se incluyen fácilmente en un catálogo de servicios a menos que se incremente el valor de éste. Puede ocurrir que una persona no recurra a determinado servidor sexual por sus características físicas, sino porque incluya este servicio.

Respecto del sexo servidor, tampoco ahondaremos en las causas o motivos que conlleven a prostituirse desde el punto de vista social o psicológico. Diversos estudios generalmente los atribuyen a entornos degradantes como los abusos sexuales sufridos, explotación sexual o comercial desde la infancia, necesidades económicas entre otras. Hablaremos de la causa con relevancia jurídica. En este sentido, la causa puede ser generalmente por un lucro o beneficio económico. No obstante, puede estar acompañada de satisfacción o placer en determinados casos. Por ejemplo, un consumidor de los servicios también puede colmar fantasías o aberraciones de un determinado servidor sexual, en atención a su trato o sus características físicas.

CAPITULO V

EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL

1. ASPECTOS GENERALES DE LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD CONTRACTUAL.

JAIME ARRUBLA PAUCAR⁷⁸ manifiesta que antes de que la ley se sirva a declarar la existencia de un contrato, este ya ha nacido a la vida jurídica generando sus plenos efectos mediante los usos y hechos sociales, lo que en otras palabras significa que la norma lo que hace es expresar esta manifestación de voluntades de manera objetiva. Bajo el dicho de este autor, no es la ley la que en estricto sentido tipifica una figura contractual sino que lo que hace es reconocerla, por lo cual, estos existen antes de que la ley los haya determinado.

Es evidente que cuando se expide una ley reguladora de un contrato, esta expira ante el crecimiento y desarrollo de la sociedad, mucho más, si se piensa en esta época de crecimiento tecnológico que trae consigo el desarrollo de las telecomunicaciones y por ende, formas de negociación diferentes y novedosas.

Así cuando hablamos de los tipos jurídicos y de la tipificación se hace necesario entender este tópico como una regulación concreta y especial. Es la abstracción de las características y la función social de cada tipo en el mundo económico⁷⁹.

Bajo el criterio de ARRUBLA, el fenómeno de la tipicidad difiere de la noción de tipo, ya que esta consiste en el modo de organizar la regulación de los actos jurídicos a través de la noción del tipo, lo que en otras palabras quiere decir que la tipicidad, que generalmente es sinónimo de regulación, es el mecanismo jurídico a través del cual se elabora el tipo jurídico. Es por ello que se manifiesta que “la tipicidad viene a ser el factor de conexión entre el hecho social el tipo jurídico”⁸⁰

Se recalca que la tipicidad cumple una doble función:

⁷⁸ARRUBLA PAUCAR JAIME ALBERTO contratos mercantiles contratos atípicos, LEGIS editores S.A edición 2012 pág. 1.

⁷⁹ Ibídem. Pág. 4.

⁸⁰Ibídem.pag 5.

a. Observa la realidad, extrayendo de ella cada manera de ser como rama o especie, esto es **función de individualizar**

b. configurar y regular, esto es **función jurídica**.

La tipicidad en términos generales dota de categoría jurídica los fenómenos sociales, pero en esta materia va a partir no de cualquier hecho social, si no específicamente del contrato, el cual se considera en forma genérica como una fuente propia de las obligaciones. Posteriormente ya definido como tal esta conducta base como lo es el contrato, es el legislador es quien ordena y clasifica cada una de las diferentes conductas determinada de manera individual, lo que se le conoce como tipos contractuales.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a un acto jurídico atípico, nos referimos en palabras de GILLERMO OSPINA FERNANDEZ Y EDUARDO OSPINA ACOSTA, a cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados.⁸¹

A diferencia que en los actos típicos o reglamentados, en esta clase de actos jurídicos el campo de acción del principio de la autonomía de la voluntad privada es más extenso, pues las partes atendiendo a sus intereses personales, determinan los efectos que habrán de producir tales actos, alcance, condiciones y modalidades, aun cuando tales particularidades no se ajusten a la reglamentación contractual vigente. De esta forma es citada la honorable Corte suprema de Justicia en el trabajo de OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA cuando explica que *“bajo nuestro régimen jurídico la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de convenciones distintas a las que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que el obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos”*.⁸²

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.

⁸¹ Guillermo Ospina Fernández Y Eduardo Ospina Acosta. TEORIA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS. Editorial TEMIS.1980

⁸² Casación del 31 de mayo de 1938 “G.J”, t.XLVII, pág. 570.

Con el anterior bosquejo sobre la tipicidad y la atipicidad de los contratos, se hace palpable, a simple vista, la ausencia de configuración normativa del contrato de servicio sexual, lo que hace ubicarlo dentro de una categoría autónoma como forma atípica, debido a las características que se verán a continuación:

Onerosidad: No es un contrato gratuito, y esto se refleja en la causa, específicamente para el servidor sexual, quien celebra el acto con la intención de obtener un lucro o enriquecimiento económico

Bilateralidad: Es un negocio jurídico que implica obligaciones para ambas partes, y que como ya lo hemos manifestado, por un lado, para el cliente sexual, la obligación es pagar el precio por el servicio contratado y sus respectivas connotaciones. Por el otro lado, para el servidor sexual, surge la obligación de conceder el uso del cuerpo para uso sexual, y además, cuando así se pacte, la de ejecutar actuaciones placenteras a favor del consumidor, de la forma en que se haya convenido.

Contrato principal: No se desprende de otro vínculo jurídico, no entonces un contrato accesorio.

Otras características importantes se detallarán a continuación con especial precisión.

2.1. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 824 del C.Co “*los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad*”. Bajo estas consideraciones, y recordando lo expuesto en el consentimiento dentro de la prostitución, se manifestó que por el simple acuerdo entre el precio y el servicio sexual, se habla sin hesitaciones del nacimiento del contrato de servicio sexual. Lo anterior evidencia que este negocio jurídico se rige por el principio de la con sensualidad o con sensualismo el cual

impone que un acuerdo debe versar sobre todas las cláusulas de un contrato, tanto las esenciales como las secundarias, y por lo tanto no existe contrato cuando no ha habido acuerdo alguno de los aspectos del negocio⁸³. En este sentido, resolviendo el interrogante que nos planteamos en el informe de inspección a los lugares donde se ejerce la prostitución⁸⁴, tendríamos que responder que una vez se le ha manifestado al oferente del servicio sexual la intención de ser contratado, existiendo un acuerdo entre el precio y el servicio, y además de estar este sujeto dedicándole el tiempo a su cliente a través de la compañía, se encuentra perfeccionado un contrato para la prestación del servicio sexual, por lo que sería exigible la ejecución del mismo y los perjuicios en caso de incumplimiento.

A pesar de lo anterior, es de anotarse que en este medio, en virtud de la ausencia de regulación que ha tenido, para evitarse contratiempos, las personas que prestan los servicios sexuales solicitan primero el pago y luego desarrollan sus obligaciones contraídas.

2.2 EFECTOS DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL.

En este escenario es menester hablar de los efectos de las obligaciones y del contrato, para lograr determinar los efectos del contrato de servicio sexual.

Si entendemos que las obligaciones son vínculos jurídico patrimoniales mediante las cuales surgen prestaciones de dar, hacer o no hacer una cosa, cuando hablamos de los efectos, en principio se habla de llevar a cabo la prestación, esto es cumplimiento, que obliga a una persona denominada deudor respecto con otro denominado acreedor. Si estas determinadas prestaciones se realizan, en el caso de que sean de hacer, si se entregan si es de dar, o si se abstiene de realizar una actuación si son de no hacer, realmente no hay nada más que discutir y el mundo viviría feliz. La razón de ser en nuestro ejercicio profesional entra en vigor cuando

⁸³ Altinieri Atilio Aníbal. Treinta Estudios de Derecho Privado. Editorial TEMIS, en asocio con la Pontificia Universidad Javeriana, Colección internacional N°3. Edición 2011. Pág. 205

⁸⁴ Ver el informe adjunto a este trabajo, en virtud de la cual, siendo que en nuestra presencia había un acuerdo de voluntades entre el servicio y el precio, nos preguntamos ¿qué pasaría si el consumidor decidiera no pagarle al prestador del servicio sexual luego de haberle manifestado que se efectuaría la contratación y de haber dedicado este sujeto su tiempo y compañía a la mesa solicitada?. Pág. 9

estas no se han ejecutado voluntariamente, atendiendo a la modalidad a la que se haya sujeto tales como el plazo cuando ha llegado o la condición cuando ha acaecido. Surge el derecho del acreedor de hacer efectivo el cumplimiento cuando decide optar por el cumplimiento más los perjuicios causados.

Frente a los efectos de las obligaciones y efectos de los contratos, puede surgir una distinción tangencial, siendo que los contratos crean obligaciones, es decir, constituye un cuerpo de cláusulas en las que se estipulan las respectivas prestaciones de dar, hacer o no hacer.

los contratos como actos jurídicos son una especie de convención cuyo objeto principal es la creación de obligaciones , es decir, de vínculos entre personas determinadas en virtud de la cual el deudor queda colocado en la necesidad de realizar tal una prestación en favor del acreedor.

Los efectos de los actos jurídicos son pues el régimen legal que concierne a ellos, y sus efectos son los postulados de la autonomía de la voluntad. Los efectos de las obligaciones es más extenso siendo que las obligaciones no solo tienen como fuente los actos jurídicos, por lo tanto, el régimen legal determina la forma de hacer efectivo la satisfacción de un crédito y la respectiva indemnización por el incumplimiento del mismo. Lo anterior porque como bien es sabido, los términos establecidos en el contrato una vez se haya perfeccionado, son obligatorios como ley para las partes según lo dispuesto en el artículo 1602 del C.C, lo que implica que solo puede ser modificado, suspendido o destruido cuando media el mutuo acuerdo de las partes, ya que en palabras de TERNERA BARRIOS *“ni la ley misma, ni el juez, en principio, pueden intervenir en la vida contractual”*⁸⁵.

Como consecuencia de lo anterior, cuando una de las partes no cumple sus obligaciones, el acreedor cumplido puede solicitar coerciblemente ante el juez el cumplimiento de la prestación debida más los perjuicios causados por su incumplimiento, pero en si no constituye la única alternativa para el acreedor cuando se trata de obligaciones provenientes de actos jurídicos bilaterales, en

⁸⁵ Ternera Barrios Francisco. Artículo titulado sobre la ejecución del contrato, publicado en el libro “Los Contratos en el Derecho privado” Ob. Cit. Pág. 207

virtud de lo dispuesto en el artículo 1546 del C.C denominado la “condición resolutoria tácita” el cual reza literalmente lo siguiente:

ARTICULO 1546. <CONDICION RESOLUTORIA TACITA>. *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.” (negrillas fuera de texto).

Al respecto ha dicho la corte:

“De la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente. Esta reciprocidad de derechos y obligaciones es fundamento de la acción resolutoria en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo, pudiéndose pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanciones destinadas a dotar las obligaciones de calidad coercitiva. La acción resolutoria supone la perfección y validez del contrato que por su medio se pretende aniquilar. En cualquiera de las dos hipótesis del artículo 1546 del Código Civil, la base ineludible es la perfección del convenio, de lo contrario, la acción es ilusoria ”. (CSJ, Cas. Civil, Sent. , nov. 2/64).

Estas disposiciones tampoco serian ajenas al contrato sexual, siendo que la voluntad libre y declarada por las partes, tiene la aptitud jurídica para tener fuerza vinculante que las obligue. Otra cosa es que en la práctica se dificulte solicitar la resolución de este contrato, en atención a que las actividades dentro del medio aún sigan cobijadas por cierto ocultismo que hace borrosos los medios idóneos para probar la existencia de este.

Ahora bien, conviene hacer la siguiente pregunta ¿Cuáles son los actos que implican la ejecución del contrato de servicio sexual? Para responderlo tenemos

que determinar cuál es la naturaleza jurídica de las obligaciones que se contraen dentro de un contrato sexual o de prostitución. Como primera medida debe recordarse la clasificación de las obligaciones en términos generales.

Se ha mencionado que las obligaciones son de tres clases: de dar, hacer o de no hacer. Las obligaciones de dar según lo dispuesto en el artículo 1605 del C.C son aquellas que consisten en la entrega de una cosa; las de hacer, son aquellas que consisten en ejecutar una determinada prestación; las de no hacer consisten en obligaciones que implican la abstención de ejecutar determinado acto.

Para que esta distinción sea aplicable al comercio sexual, debe tratarse sobre cada uno de los sujetos del contrato en particular.

El consumidor del servicio tiene como obligación principal pagar el precio del servicio pactado, esto en resumidas cuentas constituye una obligación de dar una suma de dinero. Respecto del prestador del servicio sexual, hay una obligación de hacer de carácter personalísimo consistente en la actitud positiva para la realización de actos que permiten el uso del cuerpo para satisfacción de los deseos sexuales de aquel cliente, como también ejecutar actos que provoquen la satisfacción sexual del mismo, que como ya lo mencionamos en el objeto, son prestaciones que a pesar de no encontrarse expresamente permitidas, tampoco están prohibidas, lo que encuentra fundamento en las consideraciones que al respecto se expusieron⁸⁶.

Si bien es cierto que estos contratos generalmente tienen ejecución de forma instantánea ¿cómo saber entonces cuando se cumple con la obligación de conceder el uso del cuerpo con fines de satisfacción sexual? Pues bien, en la mayoría de los casos, estas obligaciones están sujetas a un plazo, como cuando el servicio se pacta por una duración determinada en el tiempo, que puede ser por horas, o mediando una condición, como cuando se pacta que el servicio termina cuando el cliente obtiene tal satisfacción mediante un orgasmo y/o eyaculación (si es hombre) que le produce la disminución o la pérdida de la erección. Aunque de

⁸⁶ Al respecto ver pág. 59.

todas maneras lo más acostumbrado es que primero debe pagarse el precio y después se concede el uso del cuerpo con fines sexuales.

3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

En virtud de la libre autonomía de los contratantes y de su recurrir a modalidades contractuales carentes de regulación, pero de aceptación social siempre que no contravengan con las normas de orden público o las buenas costumbres, para la satisfacción de sus intereses negociales, se crea en el la atmósfera del derecho una problemática y es la de la interpretación de tales figuras jurídicas.

En palabras del profesor ERNESTO RENGIFO GARCIA *“los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales: a) el problema de su admisibilidad por parte del ordenamiento, y b) el saber cuál es la disciplina normativa aplicable en el orden a determina cómo deben ser interpretados y cómo deben ser integrados para suplir precisamente sus deficiencias o lagunas normativas”*.⁸⁷

Señala el mismo, que respecto del primer problema los negocios atípicos siempre serán de recibo cuando este dirigido a “la realización de los intereses merecedores de tutela” y respete los parámetros normativos generales de existencia de los negocios jurídicos.

En cuanto a su interpretación e integración la Jurisprudencia colombiana y la doctrina han abordado la materia profundamente, pero que en este trabajo solo nos limitaremos a señalar los principales criterios. Así la primera señala que *“las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo de contrato afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial, Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites de ella trazados por el*

⁸⁷ INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA (artículo).LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO. Universidad del rosario. Facultad de Jurisprudencia EDIT, LEGIS . Ob cit. Pág. 47

*legislador*⁸⁸. Mientras que la doctrina en forma un tanto semejante pero más amplia ofrece de un lado “La Teoría de la Combinación”, la que encuentra su fundamento en que si en el desarrollo de un negocio jurídico atípico aparecen varios de los elementos que se enmarcan dentro de modalidades de contrataciones típicas, habrán de aplicarse todos esos contratos típicos en la medida que se encuentran involucrados en el acto atípico, integrándolo en esta forma.

Ofrece también la doctrina la llamada “Teoría de la Absorción” dentro de la cual se desentraña dentro del acto carente de regulación la prestación o elemento preponderante y de esta forma aplicarle la reglamentación del contrato típico que contenga tal prestación o elemento. El típico absorbe al carente de regulación.

Por último dentro de la Doctrina encontramos la teoría que recurre a la Analogía, y así tras de auscultar el interés principal e intención de las partes, se encuadra dentro del tipo regulado más afín para aplicarle su regulación.⁸⁹

Es de observar la aceptación de la hermenéutica contractual para la interpretación de los contratos atípicos, donde la voluntad, intereses e intención de los contratantes representan un todo en esa materia.

4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL

La doctrina y la jurisprudencia nos han brindado los parámetros a seguir por parte del operador judicial al momento de interpretar un contrato carente de regulación, como bien lo hemos expuesto en líneas anteriores.

Ora bien, en últimas todos los mecanismos de interpretación apuntan de manera frontal a la intención real de las partes o a la extracción de los elementos esenciales del contrato y untarlo de normatividad vigente.

⁸⁸ Casación del 31 de mayo de 1938 “G.J”, t.XLVII, pág. 570.

⁸⁹ Rengifo García. Ob.cit. Pag.48.

4.1 ¿ABSORCIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?

En principio se puede pensar que el contrato sexual contiene algunos elementos esenciales que coinciden con el contrato de prestación de servicios. Lo anterior porque al igual que en el contrato de prestación de servicios, uno de los contratantes efectúa un pago correspondiente al precio del servicio que demanda, mientras que el otro, en desarrollo de una de las obligaciones que contrae, presta un servicio con autonomía técnica y directiva en razón de sus conocimientos, calidades o experiencia, en este caso sobre las prácticas sexuales.

Estos elementos “ad sustanciam actus” consistentes en el precio y la prestación condicionan la existencia del contrato sexual, situación que igualmente ocurre con la prestación de servicios. De esta misma forma, el servidor sexual no tiene subordinación ni tiene dependencia con el consumidor, ya que el servidor sexual solo se ataría a ejecutar el servicio con las condiciones que se fueron contratadas. Igualmente, pasa desapercibido el tema la seguridad social, así como el salario y las prestaciones sociales que son propios de auténticas relaciones de trabajo ya que al igual que los contratos de prestación de servicios, se ven ausentes en los contratos sexuales.

Sin embargo, si bien es cierto que en ambos contratos el fin último es el mismo, su coincidencia también es ocasional y difiere en cuanto al deber ser de cada contratación vista individualmente. Así por ejemplo, la independencia de la prestación del servicio no siempre es absoluta respecto del contrato sexual, de la forma en que se vislumbra en el contrato de prestación de servicio propiamente dicho, en virtud de la cual, el contratista una vez habiendo precisado el objeto del contrato, goza de total independencia en su ejecución. En la ejecución de la prestación del servicio sexual, esta característica difiere atendiendo a las condiciones que se pacten entre el contratista y el solicitante del servicio, pues las tendencias sexuales varían en la esfera personal y es deber del prestador sexual someterse a estas o despreciarlas, lo mismo que el solicitante de pagarlas o no.

También, es obligación en el contrato de prestación de servicios propiamente dicho, que el contratante exija al contratista cumplir con las exigencias que el

sistema de seguridad social demanda, mientras que en la prestación de servicio sexual es potestativo y en ocasiones hasta indiferente a las partes.

Por otro lado, en cuanto a la subcontratación potestativa del contratista del tópico negocial propiamente dicho no es tan absoluta en el contrato sexual, puesto que en este escenario, el de la prestación del servicio sexual, suele contratarse por las calidades físicas y personales del contratista prestador del servicio, además porque generalmente, a parte de las preferencias, se involucran relaciones de confianza bien sea por las mismas calidades físicas o personales conocidas, o porque el prestador del servicio sexual cumple con los controles sanitarios.

Otro de los matices que presentan disparidad entre el contrato de prestación de servicios propiamente dicho y el contrato sexual, consiste en que por regla general, los de prestación de servicios suelen ser utilizados para labores empresariales y en ejercicio de actividades comerciales que no puedan ser cumplidas por los trabajadores de una empresa de manera directa y que requieran de un intelecto necesario para tal efecto.

En este sentido, la Corte constitucional⁹⁰ al definir el contrato de prestación de servicios dentro de la contratación estatal dispuso lo siguiente:

“...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Dr. HERNADO HERRERA VERGARA

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual“...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

(...)

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios...” (Negritas fuera del texto original)

Esta es una de las razones por las cuales suele confundirse con un contrato laboral, porque una persona natural o jurídica, para realizar sus funciones empresariales, busca contar con los servicios de una persona en razón de su experiencia durante un tiempo determinado, que en la mayoría de los casos es el tiempo que dure la ejecución de ese servicio profesional, hallándose una diferencia sustancial con un contrato de trabajo, si entendemos que un contrato de prestación de servicios no supone las mismas condiciones ni requisitos de un contrato laboral, puesto que, tal como lo hemos manifestado, el contrato de prestación de servicios contiene la obligación de hacer algo, mas no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración pero con sus respectivas diferencias. Por esta razón, es muy común que las empresas con el propósito de eludir obligaciones como la seguridad social y el pago de acreencias laborales, contraten su personal por prestación de servicios, pero que las labores y las condiciones reales del

desarrollo del mismo dan nacimiento a los presupuestos que llevan a considerar la existencia de una relación laboral, ya que hay subordinación, se cumple un horario y todo lo demás, sin que se pueda hablar de una prestación de servicios propiamente dicha.

Con este criterio, el desarrollo de actividades sexuales o el ejercicio de la prostitución, puede dar sustento a la existencia de un contrato de prestación de servicios sin dificultades **EN LA PERSPECTIVA COMERCIAL ENTRE UN ESTABLECIMIENTO DEDICADO A LA PROSTITUCIÓN Y UN TRABAJADOR SEXUAL**, cuando el primero requiere los servicios profesionales de aquel para la venta de servicios sexuales por cuenta ajena, sin que se cumpla una jornada de trabajo, sin que haya subordinación, sin que se pague salario y sin que haya lugar a prestaciones sociales.

Respecto de la relación contractual entre el prestador del servicio y el consumidor no se puede aplicar con precisión la teoría de la “absorción” debido a que los matices de la prestación del servicio son variables, entre otras razones, porque la actividad sexual no solamente supone ejecutar actuaciones que busquen la satisfacción del cliente, sino que también involucra la concesión para uso del propio cuerpo con el propósito de permitir la realización de conductas sexuales sobre este.

4.2 ¿ABSORCIÓN DENTRO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?

En este contexto vamos a efectuar un análisis sobre la relación sexual remunerada en virtud de la cual, el prestador del servicio sexual permite la utilización de su cuerpo con fines de satisfacción sexual del cliente. Esto implica insoslayablemente, emitir un pronunciamiento respecto del contrato de arrendamiento.

Al respecto, el artículo 1973 del C.C establece que el arrendamiento “*es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, **la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a***”

pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado (Negrillas fuera de texto)

La jurisprudencia ha extraído de esta definición legal, los siguientes elementos y características del contrato de arrendamiento:

“Según el artículo 1501 del Código Civil, se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente”.

La definición que del contrato de arrendamiento trae el artículo 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la Litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

Así el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y onerosa como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión de uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso.

No obstante que el artículo 1973 expresa que en el contrato de arrendamiento el arrendatario debe pagar un precio determinado, es lo cierto que según su naturaleza y las normas legales que lo regulan, basta con que dicho precio sea determinable. Lo esencial es que haya precio, el cual puede consistir en dinero, y cuya filiación puede hacerse de los mismos modos que en el contrato de compraventa, vale decir, “por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen” (art.

1864) o dejándola al arbitrio de un tercero, y si éste no la hiciera, al de cualquiera otra persona designada por los contratantes.”⁹¹

Si vemos el objeto del contrato de arrendamiento, según BONIVENTO FERNANDEZ⁹² se confunde con la cosa arrendada, puesto que sin cosa no se puede hablar de arrendamiento, siendo este un elemento esencial del contrato.

La disposición marco del contrato de arrendamiento es el artículo 1974 del C.C, el cual dispone que son susceptibles de arrendarse “*todas las cosas corporales o incorporales que puedan usarse sin consumirse; **excepto aquellas que la ley prohíba arrendar**, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.*” (Negrillas fuera de texto).

En atención a lo anterior, conviene preguntarse ¿Es prohibido arrendar el cuerpo para usos sexuales?

Para BONIVENTO existe un principio general en el que se considera que todas las cosas se pueden arrendar, pero las excepciones surgen por expresa consagración legal. En este sentido, para este autor “*casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse...*”⁹³ Esto se justifica por la misma naturaleza que tiene el contrato de arrendamiento, el cual excluye la posibilidad de disposición sobre la cosa.

Aterrizando al tema de la disposición corporal, si bien se determinó en líneas atrás⁹⁴ que ha existido expresa prohibición sobre los actos de que implican la disposición corporal y de componentes anatómicos y la proscripción del ánimo de lucro en la donación de estos (valga la redundancia), en nuestro país el legislador **tampoco ha prohibido el arrendamiento o alquiler de partes del cuerpo**, y por el contrario, es dable plantear que el alquiler del cuerpo, específicamente para uso

⁹¹ Sentencia de 25 de febrero de 1976 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER.

⁹² Bonivento Fernández José Alejandro. Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales. Ediciones librería del profesional. Edición 1992. Pág. 332-333

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Al respecto ver la Pág. 65 de este estudio.

sexual **ha de estar permitido**, aun cuando siga existiendo ausencia de regulación, y sean entonces la jurisprudencia y la doctrina quienes hayan avalado algunos negocios jurídicos que como el alquiler de vientres o maternidad por sustitución en la gestación han sido permitidos bajo algunas restricciones, contrato que también estudiamos dentro del presente trabajo ⁹⁵.

Nótese que se hace evidente que dentro del contrato sexual, ha de estar de forma clara, un derecho de uso sobre el cuerpo del trabajador sexual. Sin embargo, es un uso limitado a un fin específico, esto es el uso sexual o para satisfacción de los deseos sexuales de aquel contratante usuario del cuerpo.

Con las consideraciones anteriores, se hace más palpable ubicar el contrato sexual dentro de un contrato de arrendamiento del cuerpo para uso sexual, razón por la cual deben estructurarse los elementos esenciales que sean comunes a sendos actos jurídicos

Ya se dijo que dentro de un contrato de arrendamiento, es pues la cosa, uno de los elementos esenciales, siendo incluso confundida con el objeto del contrato en sí mismo, cosa que en el servicio sexual podría ser en principio el cuerpo. Sin embargo, otro de los elementos “ad substantiam actus” sin el cual no existiría un contrato de arrendamiento propiamente dicho, es el precio, y con esto nos hacemos necios en nuestro propósito de calificar dentro de los elementos de un contrato de prostitución como obligación del consumidor, el pago del precio.

No obstante, si se concluye que el contrato sexual es un arrendamiento del cuerpo para uso sexual, se estaría incurriendo en una “simplicidad”, puesto que anteriormente fuimos enfáticos en concluir que dentro de un servicio sexual remunerado existen prestaciones que corresponden al derecho de uso sobre el cuerpo del trabajador sexual, como también un servicio que contiene una obligación de hacer a cargo del prestador del servicio con el propósito de satisfacer los deseos y fantasías sexuales de su cliente. Prestaciones que varían dependiendo de la voluntad de las partes y que distan de un simple uso del cuerpo de aquel trabajador o servidor sexual.

⁹⁵ Al respecto ver la pág. 66 y SS.

5 ¿EL CONTRATO DE SERVICIO SEXUAL ES UN CONTRATO DE CONSUMO?

Abundante ha sido la doctrina que ha tratado las relaciones de consumo a nivel nacional e internacional⁹⁶, siendo vista como una forma de contratación con ciertas connotaciones que se apartan de la teoría tradicional de los actos jurídicos. La definición que se ha intentado dar sobre estas formas negociales es que consiste en *“un acuerdo de voluntades entre un productor y un(os) consumidor(es) para la adquisición de bienes o la prestación de servicios. En el contrato de consumo existe una relación jurídica de consumo de carácter convencional”*⁹⁷ Dentro de esas connotaciones jurídicamente relevantes, se encuentran las posiciones de las partes dentro de ese determinado contrato, en el que una parte se encuentra en una posición desventajosa, denominada *“consumidor”* que puede ser común a todos, bien sea pobres, ricos, fuertes, débiles, instruidos, ignorantes, ciudadanos, campesinos, adultos jóvenes, de la tercera edad, entre otros. Se ha dicho que el concepto de consumidor tuvo gran auge casi a finales del siglo XX, en el que uno de los principales precursores del derecho del consumidor fue el desaparecido presidente de Estados Unidos JOHN F. KENNEDY, quien expuso que deben protegerse los derechos de los consumidores ya que *“consumidor, por definición, nos incluye a todos”*⁹⁸. Por esta razón, desde el 15 de marzo de 1983 se celebra “el Día Mundial del Consumidor” a instancias de la federación mundial *consumers international*.

Colombia no fue ajena a esta tendencia al expedir el primer estatuto del consumidor mediante el decreto 3466 de 1982. Norma que quizás entro en un carril desviado o descontextualizado cuando se expidió la constitución de 1991.

Hoy en día, con el auge de las relaciones comerciales en medio de un mercado globalizado, con el impulso de una sociedad consumista de bienes y servicios para

⁹⁶ Villalba Cuellar Juan Carlos. Artículo titulado “LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO” publicado en la revista de la facultad de ciencias económicas: investigación y reflexión, vol. XIXm núm. 2, diciembre, 2011, pp. 171-195, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

⁹⁷ *Ibidem*. Pág 174.

⁹⁸ Alterini Atilio Aníbal. *Ob Cit*. Pág. 354-355.

satisfacer necesidades básicas, o para entrar en el juego del mercado, con el fin de preservar los derechos de estas partes desfavorecidas con el desarrollo de las nuevas tendencias, se expidió mediante la ley 1480 de 2011 el nuevo estatuto del Consumidor.

Esta ley contiene disposiciones relevantes para analizar en el contexto del contrato de servicio sexual. Tal es el caso del artículo 1° que establece lo siguiente *“Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:*

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.

2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

3. La educación del consumidor.

(...)

(Negrillas fuera de texto)

Así mismo, el artículo 2° trata de delimitar el ámbito de aplicación de esta norma de la siguiente manera:

“Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.”

Ahora bien, hay que saber que comprende una relación de consumo y que significa un producto

El mismo estatuto, en su artículo 5 sobre definiciones, en el numeral tercero se define al consumidor, dando una noción de este tipo de relación de la siguiente forma:

*“3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, **adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.** Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (negritas fuera de texto).*

En la definición anterior, la norma recogió las concepciones que se han expuesto para definir este tipo de relaciones. Estos criterios son el objetivo y el subjetivo.

Las concepciones objetivas contienen un componente positivo y otro negativo. Estos elementos tienen que ver con la calidad de los sujetos que intervienen en el acto. En palabras de ALTERINI *“el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor que no debe actuar profesionalmente”*⁹⁹.

Las definiciones subjetivas tienen que ver con la destinación del determinado producto o servicio, determinándose que para ser considerado consumidor, debe destinar la adquisición para su uso personal, privada o familiar. Como es evidente, estos elementos fueron acogidos por la norma en comento.

Ahora bien, valdría la pena preguntarse ¿cabe el servicio sexual dentro de la definición de producto a los ojos del estatuto del consumidor? El numeral 8° del artículo 5 define producto como todo bien o servicio, sin hacer distinciones. Por lo que el servicio sexual perfectamente se matricula dentro de los servicios en términos generales.

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 361.

Lo primero que debe advertirse es que sobre los contratos de consumo ha existido confusión en el sentido de que constituyan o no una nueva categoría contractual, pero si ha sido firme la posición para determinar que no es un nuevo tipo de contrato, ya que en últimas, lo que debe tomarse en cuenta es la operación económica que encierran¹⁰⁰. En este sentido, independientemente de que el contrato de servicio sexual sea un contrato no regulado en Colombia, podría tener las connotaciones de un contrato de consumo si existen relaciones de consumo.

En virtud de lo anterior y en concordancia con el numeral 3° relativo a los consumidores y siguiendo los criterios que para esta definición se han adoptado ¿es el cliente del servicio sexual un consumidor a los ojos del estatuto, a través de la cual exista una relación de consumo?

Debe tenerse en cuenta que la finalidad o la causa del servicio sexual para el consumidor es la satisfacción de una necesidad o placer sexual, razón por la cual, por potísimas razones, no está ligada a su actividad económica, y además destina este servicio para uso personal y privado, aun cuando de algunos relatos se evidencie que pueda ser consumido para la satisfacción de necesidades fantasiosas de una pareja o varias personas en forma de trio u orgía¹⁰¹. Por otro lado, el prestador del servicio sexual, o incluyendo también los establecimientos por intermedio de sus trabajadores sexuales, si actúan como profesionales o comerciantes, aun cuando el artículo 20 del C.Co no lo haya definido expresamente como acto de comercio.

Estas consideraciones en principio permitirían acercar las relaciones jurídicas dentro de un contrato de servicios sexuales a las relaciones de consumo. Pero para tener más claridad al respecto, se hace necesario indagar sobre las características de los contratos con relaciones de consumo. Estas son las siguientes:

A. Es un Contrato asimétrico entre partes desiguales: Bajo este criterio se establece que una de las partes fungiendo como productor o distribuidor es

¹⁰⁰ Villalba Cuellar. Ob cit. Pág. 174.

¹⁰¹ Tirado Acero Misael. Ob cit. Pág. 30

experto en toda la técnica requerida para la producción y comercialización del bien o del servicio ya que posee toda la información relevante que es óbice y necesaria para la celebración del contrato¹⁰².

En el estatuto del consumidor se detalla en el n° 7 del art 5° *“información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.”*

Respecto del contrato de servicios sexuales, resulta un tanto desconsiderado tratar a los prestadores del servicio que ejercen la prostitución de forma autónoma en independiente como parte fuerte frente a los clientes y consumidores como parte débil del contrato, ya que por ausencia de regulación y por la estigmatización que han sufrido, hoy en día son considerados como un grupo tradicionalmente marginado que lo hace acreedor de una protección de carácter constitucional. Quizás, quien detente una posición dominante en este mercado sea el establecimiento que presta estos servicios en cabeza de sus agentes o servidores, Sin embargo, en atención a los riesgos derivados del ejercicio de la actividad, tales como el contacto sexual propenso al contagio de enfermedades de transmisión sexual, debe existir una política estatal encaminada a regular el tema de la información que debe suministrarse al cliente de forma clara, precisa y veraz, específicamente frente a la salud de este, bien sea por los trabajadores sexuales de los establecimientos dedicados a la prostitución, o por los servidores sexuales independientes.

B. Contrato de adhesión: Los contratos de adhesión son aquellos que tienen las condiciones preestablecidas por el proveedor, a lo cual el cliente solo tiene por opción adherirse o no al contrato. Técnicamente no se podría hablar de adhesión en un contrato de servicios sexuales siendo que dadas las circunstancias que

¹⁰² Villalba Cuellar. Ob cit. Pág. 179

rodean este medio, generalmente son de libre discusión, ofreciendo etapas pre-negociales en las que hay una oferta o una contraoferta y una aceptación. Ahora bien, se podría hablar de un contrato de adhesión cuando el servicio es ofrecido por el establecimiento, pagándose tarifas fijas preestablecidas que podrían contratarse mediante páginas o medios de contratación electrónica, a través de los cuales hay una lista fija de los servicios y las condiciones que se incluyen¹⁰³.

Las otras características relativas a la regulación del contrato y a la interpretación más favorable para el consumidor o cliente del servicio sexual, no se vislumbran con claridad ya que en caso de un interpretación en favor o en protección al que consume el servicio se daría específicamente respecto del deber de información y a las condiciones de salubridad idóneas para evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual, así como el deber que tiene el prestador del servicio bien será de forma independiente, o vinculado a un establecimiento comercial, de proveer preservativos a la persona que va a contratar el servicio.

Es de anotarse entonces que es el legislador el que debe determinar con claridad los parámetros de regulación de este contrato sexual, para que llegue a hablarse de una protección especial al consumidor de este servicio, debiendo resolver también el mandato que se impuso mediante la sentencia T-620 de 2010 que ordena proteger a los trabajadores sexuales como grupo de especial protección constitucional. No obstante, creemos que se podría hablar de un contrato de consumo de forma incipiente a pesar de no estar expresamente regulad

¹⁰³ En este sentido, en algunos sitios de España hay negocios que se localizan mediante el internet, y para poder ingresar se debe pagar una suma determinada que incluye el derecho de usar determinados servicios, o todos tales como striptease, acceso a bares y a shows eróticos o de sexo en vivo. Al respecto ver la obra de Tirado Acero. Pág. 30.

EPÍLOGO

Amén de haberse estructurado el contrato sexual como una forma comercial que por estar carente de regulación se matricula dentro de los contratos considerados atípicos, no es forzoso concluir que mientras no se regule expresamente por el legislador, es el juez quien tiene facultades para estructurar los elementos de su esencia y su aplicación para resolver determinado caso en concreto. Sin embargo, nuestra apreciación es una propuesta que con el estudio de este negocio jurídico pretende servir de apoyo como criterio doctrinal para que el operador judicial logre analizar los alcances de un contrato que ha existido desde los tiempos más remotos de la humanidad. Es precisamente el estudio jurídico propiamente dicho el que logra hacer entendible y aceptado este fenómeno social dentro de la humanidad.

El contrato sexual, pues a nuestro criterio **contiene elementos sustanciales de un contrato de prestación de servicios como también de un contrato de arrendamiento (aun cuando sea más equiparable a este), lo que significa que como forma de interpretación de este contrato se pueden sustraer los elementos esenciales de las dos formas contractuales mencionadas aplicando la combinación de sendos tipos jurídicos**, ya que se presta un servicio a satisfacción del cliente, y a su vez, se concede el uso del cuerpo con fines sexuales. Es el punto de partida que proponemos como norte y que el legislador o el intérprete pueden seguir, extrayendo la bajo la similitud de los elementos esenciales, pero con diferencias en los elementos puramente accidentales que si bien algunos eventos presentan diferencias (como por ejemplo que en el contrato de arrendamiento, la ejecución es de tracto sucesivo, mientras que un contrato sexual en términos generales tiene una ejecución instantánea) y en otros es probable que si sean perceptibles bajo determinadas circunstancias, verbigracia, el tema de la admisibilidad de la subcontratación en desarrollo de un contrato sexual para la prestación de servicios, cuya admisibilidad no depende de la parte contratista, si no del contratante.

Ora bien, concluyendo que tenga similitudes con los anteriores contratos, en estricto sentido ¿No es el contrato de prestación de servicios un arrendamiento de los servicios propiamente? En teoría todo parece indicar que sí, puesto que como ya lo dijimos, el artículo 1974 del C.C permite el arrendamiento de cosas inmateriales, dentro de las cuales puede matricularse un servicio, así que forzoso sería concluir que en últimas existe un arriendo de 2 cosas: de un servicio sexual y del cuerpo con fines sexuales. Es por ello que las implicaciones técnicas del contrato de prestación de servicios como quedó anotado, versan más sobre relaciones empresariales en las que un empresario o comerciante, con el propósito de desarrollar actividades propias de su objeto social, contrata los servicios de un profesional o personal especializado en el servicio para que lo ejecute con las sujeciones propias de este contrato y que distan de auténticas relaciones de trabajo. Es por esta razón que el contrato de prestación de servicios propiamente dicho se vislumbra en el desarrollo de actividades sexuales cuando

un establecimiento de esta envergadura requiere prestar el servicio sexual por cuenta ajena, apelando a servidores sexuales para este propósito, sin que medie vinculación laboral entre estos.

Reivindicar a un grupo tradicionalmente marginado también se hace efectivo cuando el derecho decide abordar jurídicamente los actos que ejecutan, lejos de las deleznable concepciones morales que de antaño han ennegrecido y nublado el reconocimiento de estas prácticas.

Así, tal como lo expresamos en la conclusión de la inspección de campo, las personas que ejercen la prostitución como modo de vida son seres humanos que han decidido ejercer una actividad, quizás no la más aconsejable, pero no por ello la peor de todas. Se trata de personas con obligaciones y necesidades, personas que utilizan sus atributos para vender, su capacidad de convencimiento para contratar, al igual que cualquier comerciante o empleado, máxime, si al parecer se trata de una relación de consumo. En este sentido, si vamos a un almacén y nos encontramos con un vendedor amable, probablemente nos logre convencer para efectuar la compra, nos hace descuentos o nos encima otros productos. Lo mismo sucede en el trabajo sexual, la gente contrata de acuerdo al precio, al perfil, al trato y a los servicios incluidos. Por esta razón, tenemos el pleno convencimiento de que definitivamente la sociedad debe ser despojada de esas tendencias conservadoras que consideran que el sexo solo debe ser practicado con fines de procreación o amorosos, aun cuando pueda considerarse que nunca puede ser equiparable a un sexo con placeres y deseos mutuos, pero que no por eso pueda dejar de verse como un negocio lucrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALTINIERI ATILIO ANIBAL. Treinta Estudios de Derecho Privado. Editorial TEMIS, en asocio con la Pontifica Universidad Javeriana, Colección internacional N°3. Edición 2011.
- ARRUBLA PAUCAR JAIME ALBERTO contratos mercantiles contratos atípicos, LEGIS editores S.A. Edición 2012.
- BARRERA DOMINGUEZ HUMBERTO. Delitos sexuales conforme al Título XI del código de 1980. Ediciones librería del profesional, segunda edición 1987
- BONIVENTO FERNANDEZ JOSE ALEJANDRO. Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales. Ediciones librería del profesional. Edición 1992

- CANOSA TORRADO FERNANDO. La resolución de los contratos, actualizado con el Código General del Proceso ley 1564 de 2012. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Sexta edición.

- CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO de la universidad del Rosario. Directores académicos FABRICIO ESPONOSA Y FRANCISCO TERNERA BARRIOS. Ediciones LEGIS S.A. primera edición 2007.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-629 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>

- G. DAVANZO Y N. BLÁZQUEZ, “Prostitución, Teología moral” recuperado de http://mercaba.org/DicTM/TM_prostitucion.htm

- GARCIA ARANGO GUSTAVO ADOLFO, artículo titulado “ES MI CUERPO Y EL ESTADO NO LO ADMINISTRA” artículo derivado de la investigación “algunas implicaciones jurídicas del comercio de componentes anatómicos en Colombia y otros países latinoamericanos. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/10093/9296>

- MARÍA SALAS PORRAS- FRANCISCO VILA TIERNO. El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena Observatorio Jurídico-laboral sobre Violencia de Género patrocinado por el Instituto de la Mujer dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad de Málaga. Recuperado de <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>

- OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO. Teoría general del contrato y del Negocio jurídico Séptima edición 2005, editorial TEMIS S.A.

- PRIMER SEMINARIO FRANCO-ANDINO DE DERECHO Y BIOÉTICA edición 2003. Publicado por el centro de estudios sobre genética y derecho de la universidad Externado de Colombia.

- REY MARTINEZ FERNANDO (2006) La prostitución ante el derecho, problemas y perspectivas. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_02_rey.pdf.
- ROBLES MALOOF JESUS ROBERTO. Derechos de la mujer, Moral Sexual y Prostitución, Un debate pendiente. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2282/3.pdf>.
- RUA SERNA JUAN CAMILO (2012) Derecho a prostituirse a la luz del derecho laboral. Recuperado de aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/12325/11173.pdf.
- SÁNCHEZ ZORRILLA MANUEL (2011) La metodología en la investigación, jurídica características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. Manuel Recuperado de <http://www.rtf.d.es/numero14/11-14.pdf>.
- SERRANO ZABALA.ALFREDO (2007) ¿Las prepago? Revelaciones de Madame Rochy al periodista Alfredo Editorial oveja negra. Ediciones Quintero
- TIRADO ACERO, MISAEL. (2010) Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica. Editado por el Instituto internacional de Derecho y sociedad, la Fundación FESA y NOT FOR SALE.
- TAMAYO LOMBANA ALBERTO, Manual de obligaciones, Teoría del acto jurídico y otras fuentes cuarta edición 1994 editorial TEMIS. S.A
- VILLALBA CUELLAR JUAN CARLOS. Artículo titulado “LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO” publicado en la revista de la facultad de ciencias económicas: investigación y reflexión, vol. XIXm núm. 2, diciembre, 2011,pp. 171-195, Universidad Militar Nueva Granada Colombia.

