



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, septiembre 2 de 2021

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

Los suscritos:

MARLA ALEJANDRA MOTTA CHAVARRO, con C.C. No. 1.083.896.530,

JUAN SEBASTIÁN MARTÍNEZ TOVAR, con C.C. No. 1.020.724.716,

Autores de la tesis y/o trabajo de grado titulado POR UNA ARQUEOLOGÍA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COLOMBIA, presentado y aprobado en el año 2021 como requisito para optar al título de

MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO;

Autorizamos al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Marla Alejandra Motta Chavarro

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Juan Sebastián Martínez Tovar

Firma:

Marla Alejandra M.

Firma:

JST

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: POR UNA ARQUEOLOGÍA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COLOMBIA

AUTOR O AUTORES:

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
| Motta Chavarro | Marla Alejandra |
| Martínez Tovar | Juan Sebastián |

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
| Solano Cohen | Vanessa |

ASESOR (ES):

| Primero y Segundo Apellido | Primero y Segundo Nombre |
|----------------------------|--------------------------|
|----------------------------|--------------------------|

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2021

NÚMERO DE PÁGINAS: 112

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas Fotografías ___ Grabaciones en discos ___ Ilustraciones en general ___ Grabados ___
Láminas ___ Litografías ___ Mapas ___ Música impresa ___ Planos ___ Retratos ___ Sin ilustraciones ___ Tablas
o Cuadros

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

| <u>Español</u> | <u>Inglés</u> | <u>Español</u> | <u>Inglés</u> |
|---------------------------|---------------------|------------------------------------|-----------------|
| 1. Derecho público | Public Law | 6. Derecho a la salud | Right to Health |
| 2. Concepto | Concept | 7. Campo jurídico | Legal Field |
| 3. Derecho a la vida | Right to Life | 8. Población | Population |
| 4. Derechos sexuales | Sexual Rights | 9. Política Nacional de Sexualidad | |
| 5. Derechos reproductivos | Reproductive Rights | 10. Foucault | Foucault |

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Se analiza el desarrollo normativo de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia. Actualmente se ejecuta, por iniciativa del Ministerio de Salud y Protección Social, la *Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*. Se posiciona la dimensión de la sexualidad en el discurso y la práctica de los derechos humanos. Por otra parte, la Corte Constitucional configura estos derechos a través de la dignidad humana. Se invita a reflexionar sobre las relaciones entre la sexualidad y el derecho público, así como las intersecciones entre saber, placer y poder. Se considera al derecho como una experiencia subjetiva es decir como un campo en el que diferentes actores despliegan estrategias para intervenir en su construcción.

Se entiende que el derecho público es un espacio de batalla, donde varias concepciones de lo normal se enfrentan por el monopolio de nombrar el derecho a la vida para una población. En este escenario se deslizan los derechos sexuales y los derechos reproductivos, pues junto al derecho a la salud, disponen una forma-de-vida jurídica, acorde a la dignidad humana.

Aunque los derechos sexuales están relacionados con los derechos reproductivos, no se pueden confundir estas dos dimensiones, en tanto que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda” (CConst, T-375/2016, G. Mendoza).



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

| | | | | | | | |
|---------------|---------------------|----------------|----------|-----------------|-------------|---------------|---------------|
| CÓDIGO | AP-BIB-FO-07 | VERSIÓN | 1 | VIGENCIA | 2014 | PÁGINA | 3 de 3 |
|---------------|---------------------|----------------|----------|-----------------|-------------|---------------|---------------|

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The normative development of sexual rights and reproductive rights in Colombia is analyzed. Currently, the Ministry of Health and Social Protection is being executed the National Policy on Sexuality, Sexual Rights and Reproductive Rights. The dimension of sexuality is positioned in the discourse and practice of human rights. The Constitutional Court configures these rights through human dignity. It is studied about sexuality and public law, knowledge, pleasure and power. Consider the law as a subjective experience that is, as a field in which different actors deploy strategies to intervene in its construction.

Understanding public law is a space where different actors and multiple strategies intervene, facing the monopoly of naming the right to life for a population. In this stage, Sexual Rights and Reproductive Rights are also slipping, because together with the right to health, they have a legal way of life, according to human dignity.

If Sexual Rights are related with Reproductive Rights, cannot be confused, because "sexuality and reproduction are two different dimensions in human life, that, the first cannot be the means to find the second (CConst, T-375/2016, G. Mendoza).

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: Ana Patricia Pabón Mantilla

Firma: *Patricia Pabón*

Nombre Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:



**Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos
en Colombia**

Marla Motta & Juan Martínez
Agosto 2021

Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Público

Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia

**Marla Alejandra Motta Chavarro
&
Juan Sebastián Martínez Tovar**

Tesis presentada como requisito para optar por el título de
Magíster en Derecho Público

**Directora:
Vanessa Solano Cohen
Doctora en Estudios Sociales de América Latina**

Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maestría en Derecho Público

*Dedicado a todos los que seguimos resistiendo a la normalización del derecho, para que la
lucha siga, y nunca caiga.*

Abreviaturas

| | |
|---------|---|
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CEDAW | Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer |
| CoIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| DFFF | Derechos Fundamentales |
| DDHH | Derechos Humanos |
| DDRR | Derechos Reproductivos |
| DDSS | Derechos Sexuales |
| DESC | Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| DSDR | Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos |
| DUDH | Declaración Universal de Derechos Humanos |
| FIV | Fecundación in vitro |
| IVE | Interrupción voluntaria del Embarazo |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PIDESC | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| PNSDSDR | Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos |
| POS | Plan Obligatorio de Salud |
| SSR | Salud Sexual y Reproductiva |

Tabla de Contenido

| | |
|--|----|
| Introducción..... | 1 |
| Capítulo 1. La norma, lo normal y lo nombrado: una aproximación teórica al derecho público en Colombia..... | 5 |
| 1.1. En nombre del derecho, o de cómo nombrarse a sí..... | 7 |
| 1.1.1. Breve aclaración sobre la historia del derecho..... | 7 |
| 1.1.2. Estado y Derecho..... | 8 |
| 1.1.3. El derecho, un espacio de batalla..... | 10 |
| 1.2. Una lectura no jurídica al derecho..... | 11 |
| 1.2.1. Unas manos productivas para el derecho..... | 11 |
| 1.2.2. El cuerpo disponible del derecho..... | 12 |
| 1.2.3. La magia del derecho: fuerza y violencia doble..... | 13 |
| 1.2.4. El orto de la vida —el otro derecho—..... | 16 |
| 1.3. Y después de todo, ¿qué es derecho público?..... | 17 |
| 1.3.1. De no-matar, a las formas-de-vida..... | 18 |
| 1.3.2. ¿Qué es un derecho (dis)positivo?..... | 19 |
| 1.3.3. Vida: el derecho a la salud, los derechos sexuales y los derechos reproductivos..... | 20 |
| 1.3.4. Experiencia subjetiva, o las manos del derecho..... | 21 |
| Capítulo 2. Marco metodológico: cómo analizar los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia..... | 23 |
| 2.1. Por una arqueología del derecho, la sexualidad y la reproducción en el tiempo jurídico..... | 24 |
| 2.2. Marco jurídico para los derechos sexuales y los derechos reproductivos..... | 25 |
| 2.2.1. Derechos sexuales y prostitución, selección de sentencias..... | 26 |
| 2.2.2. Interpretando los derechos en colisión, pregunta jurídica y balance constitucional..... | 29 |
| 2.2.3. Planteando un problema para los derechos reproductivos: escenario constitucional y sentencia arquimédica..... | 31 |
| 2.2.4. Derechos en colisión y pregunta jurídica..... | 35 |
| 2.3. Una etnografía para la Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos..... | 38 |
| 2.4. Historia universal, los derechos sexuales y los derechos reproductivos a la luz del capitalismo..... | 39 |
| Capítulo 3. Marco jurídico: derechos sexuales y derechos reproductivos, una batalla por nombrar la vida..... | 41 |
| 3.1. Derechos sexuales y prostitución: de traficar con los genitales a prestar servicios sexuales..... | 42 |
| 3.1.1. Primera etapa: comerciar con el cuerpo es contrario a la dignidad humana..... | 42 |
| 3.1.2. Segunda etapa: de traficar con la genitalidad a prestar servicios sexuales..... | 44 |
| 3.1.3. Tercera etapa: protección especial a quien decide libremente prostituirse..... | 46 |
| 3.1.4. ¿Se vulneran los derechos sexuales cuando se restringe la prostitución?..... | 49 |
| 3.2. Derechos reproductivos, un debate por la vida..... | 50 |
| 3.2.1. Primera etapa: la infertilidad NO afecta la vida..... | 51 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.2. Segunda etapa: la vida no se limita a existir..... | 53 |
| 3.2.2.1. Sentencia T-528/2014..... | 54 |
| 3.2.2.2. Sentencia T-274/2015..... | 56 |
| 3.2.3. Tercera etapa: ¿cómo nombrar la vida?..... | 58 |
| 3.2.4. Derechos reproductivos, una batalla por la vida | 60 |
| 3.3. Igualdad, libertad y dignidad humana en los derechos sexuales y los derechos reproductivos | 60 |
| 3.3.1. El derecho a la vida desde los derechos sexuales y los derechos reproductivos, según la Corte Constitucional..... | 61 |
| 3.3.1.1. Igualdad | 62 |
| 3.3.1.2. Libertad y autonomía..... | 63 |
| 3.3.1.3. Dignidad humana..... | 64 |
| 3.3.2. El derecho a la vida y la salud en el Estado social de derecho..... | 65 |
| 3.4. Los derechos sexuales y los derechos reproductivos en nuestra investigación | 65 |
| 3.4.1. Batallas por el derecho a la vida..... | 66 |
| 3.4.2. Marco jurídico, derechos sexuales y derechos reproductivos en el campo biopolítico..... | 67 |
| Capítulo 4. Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia | 69 |
| 4.1. Un recorrido a través de los derechos sexuales y los derechos reproductivos | 69 |
| 4.1.1. Antes de 1991: ¿sin dignidad humana, es posible la sexualidad? | 70 |
| 4.1.1.1. Familia, sexualidad y reproducción, una trinidad inseparable (1890–1938). 71 | |
| 4.1.1.2. ¿Y la sexualidad como condición humana? (1936–1981)..... | 74 |
| 4.1.1.3. Un derecho sin dignidad humana (1980–2001)..... | 74 |
| 4.1.1.4. Dignidad humana para los delitos sexuales y reproductivos (2000– a la actualidad) | 75 |
| 4.1.2. Pasos hacia una dignidad de la humanidad (1991–2014)..... | 75 |
| 4.1.2.1. Constitución Política, un primer paso para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (1991–2006) | 76 |
| 4.1.2.2. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (2003–2014)..... | 78 |
| 4.1.3. Derechos Humanos y Derecho Internacional Público..... | 81 |
| 4.2. La sexualidad y la reproducción en el derecho público, Colombia 2020..... | 83 |
| 4.2.1. ¿Un dispositivo biopolítico? Derechos fundamentales, la sexualidad como condición humana en el Estado social de derecho | 83 |
| 4.2.2. PNSDSDR, dignidad humana como forma de vida | 91 |
| 4.3. Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia | 92 |
| Conclusiones..... | 95 |
| Bibliografía..... | 101 |

Lista de tablas

| | |
|---|----|
| Tabla 1. Balance constitucional para los derechos sexuales | 30 |
| Tabla 2. Las sentencias más citadas para los derechos reproductivos..... | 33 |
| Tabla 3. Ingeniería en reversa con sus tres niveles, las sentencias más citadas, y el nicho citacional..... | 34 |
| Tabla 4. Balance constitucional para los derechos reproductivos y la FIV | 37 |

Lista de figuras

| | |
|--|----|
| Figura 1. Telaraña citacional para los derechos sexuales y la prostitución | 28 |
| Figura 2. Nicho citacional para los derechos sexuales y la prostitución | 28 |
| Figura 3. Telaraña citacional para los derechos reproductivos y la FIV | 33 |

Introducción

En esta investigación analizamos el desarrollo normativo de los derechos sexuales y los derechos reproductivos (DSDR) en Colombia. Actualmente, el poder público colombiano ejecuta, por iniciativa del Ministerio de Salud y Protección Social, la *Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos* (PNSDSDR). Los DSDR, según dicha política, posicionan la dimensión de la sexualidad en el discurso y la práctica de los derechos humanos (DDHH). Por otra parte, la Corte Constitucional configura los DSDR a través de la dignidad humana: valor, principio y derecho fundamental que estructura la columna vertebral de nuestra Carta Política. Siguiendo con lo anterior, consideramos que los DSDR invitan a reflexionar sobre las relaciones entre la sexualidad y el derecho público, así como las intersecciones entre saber, placer y poder.

Entendemos que, aunque los derechos sexuales (DDSS) están relacionados con los derechos reproductivos (DDRR), no podemos confundir estas dos dimensiones, en tanto que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda” (CConst, T-375/2016, G. Mendoza). Al estudiar los DSDR, distinguimos diferentes posturas acerca del derecho a la vida y la salud, por lo que recordamos a López Medina (2015), cuando afirma que “el derecho constitucional de los derechos fundamentales, debe tener pues, como preocupación central la vida” (xxvi). Cuestionar la forma en que se concibe la vida, problema central del derecho público y la sexualidad, nos conduce a la pregunta principal de esta investigación: ¿Cómo ha sido el desarrollo normativo de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia, materializados actualmente en la PNSDSDR?

Mapa de lectura, y cuerpo del trabajo

Para responder a la pregunta formulada, este trabajo está estructurado en cuatro capítulos; en los tres primeros se construye el marco teórico, metodológico y jurídico necesario para indagar la relación entre el derecho público, la sexualidad y la vida como bien jurídico; en el cuarto y último, realizamos el análisis arqueológico de la PNSDSDR. Es de aclarar que cada capítulo responde a un objetivo específico, como se enseña a continuación.

En el primer capítulo, destinado a la construcción del marco teórico, titulado *La norma, lo normal y lo nombrado: una aproximación teórica al derecho público en Colombia*, se definen y problematizan las categorías de análisis para el estudio de los DSDR, como son: derecho público, sexualidad, dispositivo, biopolítica y vida digna. A su vez, este capítulo está subdividido en tres partes, en las dos primeras se discuten dichas categorías desde enfoques jurídicos y no jurídicos; comenzamos con un breve recorrido histórico por diferentes nociones acerca del derecho (Arango, 2016), evidenciando su pluralidad (Ariza, 2015); se entiende que, aunque existan múltiples conceptos sobre qué es el derecho, la actualidad jurídica difiere de la Edad Media ya que distingue entre derecho público y privado (García-Pelayo, 1968); además, como cualquier definición jurídica no crea obligaciones, nos acercamos al modo en que el Estado colombiano entiende el derecho en la Constitución Política; finalmente, se muestra el derecho como un campo de batalla, espacio donde diferentes posiciones conflictivas se encuentran (Valencia, 1987). Los enfoques no jurídicos refieren a la relación entre el campo del derecho público con los medios de producción, la economía política y la gestión demográfica (Marx, 1974; Foucault, 1975); el ejercicio de la violencia con el concepto de justicia (Benjamin, 1991); el vínculo de las normas con la producción de lo normal (Canguilhem, 1971); y el derecho como un instrumento de normalización (Bourdieu, 2000). En la última parte del primer capítulo, en base a los autores expuestos, junto a los conceptos de biopolítica (Foucault, 1999) y dispositivo, se interpreta el derecho público como un instrumento para gestionar la vida dentro de una población; además, se muestra cómo el derecho puede concebirse desde una experiencia subjetiva, sin pretender nociones definitivas, formulando problemas jurídicos y ejerciendo como derecho la participación en la construcción del campo del derecho.

En el segundo capítulo, titulado *Marco metodológico: cómo analizar los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia*, se delimita el marco metodológico. Esta investigación utiliza un enfoque cualitativo de corte descriptivo, interpretativo y explicativo, ya que tiene el propósito de entender el derecho público vigente como una construcción histórica; de este modo, hacemos un análisis de la norma a partir de una operación de lectura conocida como arqueología, para el estudio crítico de nuestro tiempo, usando análisis retrospectivos (Foucault, 1999).

En el tercer capítulo, titulado *Marco jurídico: derechos sexuales y derechos reproductivos, una batalla por nombrar la vida*, se desarrolla el marco jurídico, basándonos en los modos en que la Corte Constitucional concibe las mismas categorías de análisis formuladas en el marco teórico: vida y salud, en relación a los DSDR. Al determinar el derecho como un dispositivo foucaultiano, y al utilizar la arqueología foucaultiana, interpretamos las providencias constitucionales como instrumentos que gestionan la vida desde el “orden del «saber», de la «verdad», de la «conciencia», del «discurso»” (Foucault, 1999, p. 107). En este capítulo, cumplimos con dos propósitos; primero, entender el modo en que se configura jurídicamente la sexualidad y la reproducción; segundo, relacionar nuestro aparato teórico con los conceptos del derecho público. Por tanto, el capítulo se divide en cuatro secciones; primero, una línea jurisprudencial sobre los DDSS, relativa al trabajo sexual; segundo, otra línea jurisprudencial, para los DDDR y la *fecundación in vitro* (FIV); en un tercer momento, la relación entre estas dos líneas jurisprudenciales; y finalmente, vinculamos el análisis jurisprudencial sobre los DSDR, con las categorías enmarcadas en nuestro marco teórico.

En el cuarto y último capítulo, que lleva el mismo título de esta tesis, *Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia*, se aplica el marco teórico, metodológico y jurídico formulado en los tres primeros capítulos, para el análisis de la PNSDSDR. Al entender la actualidad como una construcción histórica, estudiamos los DSDR a través del tiempo; antes de 1991, examinamos los delitos sexuales consignados en los diferentes códigos penales que ha tenido Colombia, desde la Ley 19 de 1890 hasta la actual Ley 599 de 2000, pasando por la Ley 95 de 1936 y el Decreto 100 de

1980. Nos cuestionamos si los DSDR son posibles sin el desarrollo de la dignidad humana, concebida desde la Carta Política de 1991. Es importante señalar que en Colombia, el derecho a la vida surgió con el Acto Legislativo 3 de 1910 que reformó la Constitución de 1886, prohibiendo la pena de muerte, y exhortando “a las autoridades públicas a proteger la vida de los ciudadanos” (CConst, C-355/2006, J. Araújo y C. Vargas). Se analiza el cambio que produjo la Constitución de 1991, formulando la vida junto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía individual y la igualdad material, el goce efectivo de los derechos para todos los colombianos, trabajo, educación, vivienda, mínimo vital y salud.

Como puede verse, a lo largo de este estudio exponemos diferentes conceptos sobre el derecho, debido a las diferentes nociones jurídicas acerca de la vida y la salud, que nos brindan los DSDR. Por lo mismo, presentamos este trabajo de investigación como una puerta que invita a reflexionar sobre el derecho público. Sin pretender una última palabra, esta investigación la entendemos también como una carta dedicada al lector, para que se sienta parte de las ciencias jurídicas, y participe en su proceso de construcción, un juego que, utilizando los términos de Bourdieu, vale la pena ser jugado. Así, el principal aporte que presenta este estudio, en el marco de una Maestría en Derecho Público, es el sujeto activo que propone al considerar el derecho como un dispositivo que gestiona la vida de las personas, en armonía a los modos de producción, donde se determina un cuerpo individual en medio de relaciones históricas de poder, estimulando una sexualidad y una reproducción saludable para los colombianos. Por otro lado, no solo suponemos para el sistema jurídico un sujeto que se reviste de dignidad humana, autonomía personal, libertad, igualdad, integridad, salud y bienestar, satisfecho en un mundo que se gobierna económicamente; también distinguimos una faceta conflictiva, dinámica y en proceso de construcción, donde nuevos sujetos pueden intervenir, activando el sistema jurídico, transformando lo que se entiende por derecho, y nombrando la vida de modo distinto.

Capítulo 1

La norma, lo normal y lo nombrado: una aproximación teórica al derecho público en Colombia

En este capítulo definimos las principales categorías de análisis que utilizamos en el estudio de los DSDR; problematizamos los conceptos de sexualidad y derecho público, sin olvidar la vida como bien jurídico, la salud y la dignidad humana.

No existe una concepción única del derecho; al contrario, se presenta una pluralidad tan rica (Ariza, 2015), que resulta imposible reducirlo a un significado total, definitivo y eterno. Ante esta pluralidad jurídica, múltiples son las formas de conformarse u oponerse; Ewick y Silbey (2001), retomando a Foucault, afirman que la diversidad de conciencias jurídicas, como sus resistencias, se distribuyen irregularmente en un espacio variable y disperso. Frente a esta complejidad, nos preguntamos por cómo concebir el derecho.

Para responder, dividimos este capítulo en tres partes. Cada apartado se enfoca a una pregunta: 1) ¿Cómo se concibe el derecho, desde algunas teorías jurídicas?; 2) ¿Cómo se percibe el derecho, fuera del campo jurídico?; 3) ¿Qué es el derecho público para esta investigación?

En el primer acápite, sobre la concepción del derecho desde las ciencias jurídicas, iniciamos exponiendo los planteamientos de Arango (2016) en su texto *Realizando los derechos*, para identificar la pluralidad del concepto de derecho. Después nos dirigimos a García-Pelayo (1968), *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, para distinguir algunos rasgos del derecho moderno que pueden reconocerse en el derecho público colombiano vigente. Luego, mostramos cómo se define el derecho desde la Constitución Política de Colombia; y finalmente, se muestra el enfoque jurídico que Valencia Villa (1987) propone en su texto *Cartas de batalla*.

En el segundo apartado de este marco teórico, significamos las mismas categorías, pero desde un enfoque no jurídico; apoyándonos en los aparatos teóricos de Marx (1974) y

Foucault (1975), interpretamos el campo del derecho público en relación con los modos de producción, la economía política y la gestión demográfica. Además, leemos los conceptos analizados, a partir de los planteamientos de Benjamin, Bourdieu y Canguilhem¹.

En la tercera parte, se expone la forma en que entendemos el derecho público, recogiendo las diferentes concepciones expuestas en los dos anteriores apartados, y relacionándoles con enfoques teóricos que se sustentan en la biopolítica: Foucault (1999), Preciado (2002) y Agamben (2001)². También se retoma el concepto foucaultiano de dispositivo, para comprender el derecho como un instrumento que gestiona la vida dentro de una población. De este modo, aclaramos qué entendemos por derecho a la vida y dignidad humana, DSDR, principales categorías de análisis en el desarrollo de este trabajo. Por último, exponemos cómo el derecho puede concebirse desde una experiencia subjetiva.

Es de resaltar que el objetivo de este ejercicio es problematizar el campo jurídico; más que enunciar una propuesta nueva, consideramos interesante cuestionar aquello que se toma como cierto. Antes que pretender una solución final, o conceptos definitivos, formulamos preguntas sobre el derecho público; no de otro modo, nos permitimos reclamar como derecho, la participación en la construcción del derecho mismo; semejante a lo que hace Preciado (2002) con el género, cuando demanda la posibilidad de intervenir en su formación. Consideramos que el papel del científico jurídico no es simplemente el de interpretar el derecho, sino el de transformarlo; por lo que el aporte más significativo de este estudio reside en que, al posicionar el derecho en un contexto histórico, y atravesarlo por relaciones concretas de poder, presentamos un instrumento que permite modificar el modo en que entendemos la vida, utilizando el campo jurídico, instrumento disponible a la mano de cualquiera que desee participar en su construcción.

¹ Valga la pena aclarar, que ninguno de estos autores es jurista.

² Igual que los anteriores, ni Agamben ni Preciado son abogados. Por el contrario, ambos se dedican al estudio de la biopolítica, desde la gestión de la vida, o *nuda vida*, y desde la sexualidad –su resistencia contrasexual–, respectivamente.

1.1. En nombre del derecho, o de cómo nombrarse a sí

No existe una concepción unívoca del derecho, al contrario, se presenta una pluralidad tan rica de “sistemas jurídicos, prácticas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros” (Ariza, 2015, p. 166); que resulta imposible reducir el derecho a un concepto total, definitivo y permanente. Por lo demás, si existe una pluralidad jurídica, no diferentes son las formas de conformarse u oponerse entre sí. Ewick y Silbey (2001), retomando a Foucault, afirman que la diversidad de conciencias jurídicas y sus resistencias, “están distribuidas de manera irregular; los puntos, los nudos o los centros de resistencia están dispersos en el tiempo y el espacio en densidades variables” (p. 269); es decir que, contrario a un concepto claro y determinado para el derecho, existe una pluralidad jurídica. Ante esta complejidad, surge la primera pregunta de este marco teórico: ¿cómo concebir el derecho, desde el mismo derecho?

1.1.1. Breve aclaración sobre la historia del derecho

Realizando los derechos, texto de Rodolfo Arango (2016), contiene “una mirada histórica a los derechos” (p. 21) desde un enfoque filosófico; afirma que para John Locke, empirista del siglo XVII, la libertad y la propiedad son derechos naturales; mientras que para Jeremy Bentham, utilitarista en la Inglaterra del siglo XVIII, los derechos humanos son contrarios a la economía. Posteriormente, en el siglo XIX, para Marx, el derecho es un instrumento de dominación de una clase social –la burguesía–; para Kelsen, filósofo y jurista del siglo XX, representante del iuspositivismo, el derecho es un fenómeno cultural resultado de unas normas positivas que se crean en sociedad. Por último, Arango (2016) expone su propio concepto del derecho: “posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular” (p. 33).

Nuevamente se muestra una pluralidad de conceptos acerca del derecho; no obstante, el trabajo de Manuel García-Pelayo (1968) nos brinda algunos aspectos relevantes para comprender el derecho público actual en Colombia, ya que lo relacionamos con lo que el

jurista español denomina “derecho moderno”, en comparación con el derecho en la Edad Media que no concebía las normas “como una creación de la voluntad racionalizada que la sociedad pudiera cambiar en función de su utilidad y conveniencia” (García-Pelayo, 1968, p. 65); por el contrario, el mundo jurídico se constituía individualmente y cada persona cargaba con su propio derecho, según el lugar de nacimiento, la familia o el honor, negando la existencia de normas públicas para todas las personas de modo general. Recogiendo lo expuesto, tomamos el derecho moderno como una creación racional que puede transformarse según la necesidad de una población; por lo demás, dispone de normas que vinculan a todas las personas por igual, de forma pública. En otras palabras:

Los derechos subjetivos no derivaban [en la Edad Media] mediata o inmediatamente –como es el caso del derecho moderno– de una norma general, objetiva e impersonal, sino que, por el contrario, se sustentaban sobre sí mismos, o para ser más precisos, sobre el mero reconocimiento por parte de los demás de *status* de poder heterogéneos y variables, con lo que se introducía un nuevo momento pluralista en la estructura del orden jurídico (García-Pelayo, 1968, p. 82).

Para García-Pelayo (1968), el derecho público surge con lo que denomina derecho moderno, cuando se diferencia lo privado y subjetivo de lo general y objetivo, momento en que el sistema jurídico se transforma en una herramienta para gestionar racionalmente la vida de una población. De este modo, el Estado define públicamente qué es el derecho y lo convierte en una obligación que debe cumplirse, rompiendo su multiplicidad conceptual para determinarse de modo claro, expreso y concluyente. Entonces, puede exigirse un comportamiento categórico a un grupo de personas. Por esta razón, a continuación exponemos qué es el derecho para el actual poder público colombiano, analizando su concepción desde el Estado Social de Derecho (ESD) que consagra la Carta Política de 1991.

1.1.2. Estado y Derecho

Para comprender el derecho en el Estado colombiano, utilizamos como fuentes principales la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En lo que respecta a la interpretación de las normas constitucionales, nos apoyamos en *El concepto de goce efectivo de derechos*, texto de Rodolfo Arango (2016), donde se expone lo siguiente:

El lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales ha variado con el tiempo. Se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, donde las obligaciones del Estado se centraban fundamentalmente en abstenerse de violar los derechos y protegerlos contra agresiones de terceros, a un lenguaje más abarcador que el de los derechos de libertad, y que incluye además de estos los derechos a la organización, al procedimiento y a prestaciones públicas positivas (...) actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas, especialmente a aquellas que requieren de una protección especial (pp. 110-111).

La relación del derecho con el Estado colombiano se ha transformado con el tiempo, pasando de la prohibición y la abstinencia, a un modelo basado en la acción, que produce justicia material; son los derechos los que impulsan al poder público para que se garantice su goce efectivo. Este cambio significó el origen del ESD en Colombia, y de acuerdo con la Constitución de 1991, de los derechos prestacionales como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Según la sentencia T-406/1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita, el ESD puede describirse cuantitativamente en el contexto del Estado bienestar, el cual debe garantizar un estándar mínimo de vida para los ciudadanos, con relación a tener trabajo, alimentación, salud, educación y vivienda, no como caridad sino como derechos; también cualitativamente, es decir, en el marco del Estado constitucional democrático, fundado en la protección y garantía de los derechos humanos, sin importar su generación, relacionando los derechos fundamentales (DDFF), individuales y de libertad, con los sociales y prestacionales, DESC, logrando la participación ciudadana y el control político.

Sintetizando, el derecho en el marco del Estado colombiano no solo es capaz de impedir la intervención del poder público en la vida íntima de las personas, sino que le acciona para garantizar el disfrute de los DDFF. Para complementar, la sentencia T-622/2016 define el alcance del ESD en relación a la dignidad humana, que obliga al Estado a brindar “unas condiciones mínimas –o puntos de partida esenciales– que permitan el desarrollo de una vida digna, plena en el ejercicio de derechos y en condiciones de bienestar para todos los colombianos”. Cuando se estudia el concepto de derecho, a través de la Carta Superior, la dignidad humana tiene un lugar central ya que define la vida desde la autonomía individual,

sin descuidar las condiciones de existencia, y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, para que nadie sea discriminado o vulnerado en su integridad y por el contrario, goce efectivamente de sus derechos.

1.1.3. El derecho, un espacio de batalla

Dentro de las teorías jurídicas, Hernando Valencia Villa (1987) presenta una concepción pertinente para el análisis que desarrollamos, al relacionar el concepto de dispositivo foucaultiano, y definir el derecho como un campo de batalla dinámico, contrario a la concepción consensual que determina las normas como un acuerdo de voluntades, o como la mejor forma de organizar la sociedad, bajo el amparo de la justicia social. El abogado colombiano muestra un derecho conflictivo:

Puesto que lo que denominamos derecho no es una estructura externa impuesta a la dinámica social en nombre de uno u otro imperativo, acaso nuestro objeto de estudio esté constituido más bien por un tipo de práctica polivalente que une y separa a los individuos y a los grupos a la vez que traza en su movimiento el mapa de un combate, el plano de una campaña, la estrategia y las tácticas de una batalla perpetua: la de los seres humanos que luchan consigo mismos y unos contra otros por el reconocimiento y la supremacía (Valencia, 1987, p. 43).

Retomando a Valencia (1987), se entiende que no basta con señalar la multiplicidad del derecho, sino que es necesario analizarla en un espacio estratégico, posicional y relacional, llevando a cabo la gramática de la guerra. Siguiendo esta línea de pensamiento, concebimos el derecho como “un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas (...) [dicho en otras palabras,] el derecho es la batalla misma, una batalla que no termina nunca” (Valencia, 1987, p. 48). Las diferentes concepciones del derecho, no son indiferentes entre sí, por el contrario, chocan y resisten, según los intereses manifiestos de una sociedad. Así, nacen los mapas de combate y los planos de campaña que conforman la gramática de la guerra, el derecho como dispositivo, no “cosa”, sino “espacio”, donde las posturas y las resistencias de una sociedad se encuentran.

1.2. Una lectura no jurídica al derecho

A continuación, presentamos conceptos acerca del derecho, a través de algunos aparatos teóricos que no se inscriben dentro de las ciencias jurídicas, como son los planteamientos que Marx (1974) desarrolla en *La ideología alemana*, o Foucault (1975) en *Vigilar y castigar*; además, nos apoyamos en otros autores, como Benjamin (1991) –*Para una crítica de la violencia*–, Bourdieu (2000) –*Elementos para una sociología del campo jurídico*–, y Canguilhem (1971) –*Lo normal y lo patológico*–. Este apartado resulta interesante ya que permite entender el derecho en relación a la historia, vinculando el sistema jurídico a los modos de producción y a las relaciones de poder en que se desarrolla la sociedad.

1.2.1. Unas manos productivas para el derecho

Según Arango (2016), Marx concibe el derecho como una herramienta ideológica en manos de la burguesía, útil para defender sus intereses de clase. En la misma línea de pensamiento, Bourdieu (2000) denomina a Marx como instrumentalista, porque “comprende el derecho como un reflejo o un instrumento al servicio de los dominadores” (p. 155). De este modo, para Marx el derecho es un invento de la clase social moderna, dueña de los medios de producción, y que sirve para justificar sus intereses: el impulso de la economía liberal. Marx (1974) sostiene que:

(...) cuando la burguesía era ya lo suficientemente fuerte para que los príncipes tomaran bajo su protección sus intereses, con la mira de derrocar a la nobleza feudal por medio de la burguesía, comenzó en todos los países –como en Francia, durante el siglo XVI– el verdadero desarrollo del derecho (p. 73).

Según lo anterior, para Marx, el derecho existe debido al desarrollo y la protección de los intereses de una clase social específica: la burguesía. Sin embargo, una lectura más detenida de Marx (1974), permite entender el derecho como un producto histórico, condicionado por las relaciones reales de producción en que vive una población, antes que una utilidad burguesa. En otras palabras, el propósito principal del filósofo alemán consistió en posicionar el derecho, no como un problema conceptual o ideal, sino junto al trabajo y la producción de relaciones de tipo económico. Entonces, a través de los planteamientos de

Marx (1974), podemos delinear un campo jurídico que rechaza ser unívoco y que reconoce “distintas formas de derecho” (Marx, 1974, p. 403).

1.2.2. El cuerpo disponible del derecho

En términos de Valencia Villa (1987), Foucault alimentó una concepción vieja y anquilosada del derecho que no representa su realidad productiva, al entender la justicia como sanción, y al poder jurídico desde la represión. Nosotros consideramos que esto no es tan exacto, pues desde el trabajo de Foucault (1975) en *Vigilar y castigar*, el autor inicia mostrando dos cuadros bastante particulares, pertinentes para comprender una postura diferente. Primero, se expone el fragmento de una sentencia judicial de la mitad del siglo XVIII, sobre el caso de Robert François Damiens, procesado por atentar contra la vida del Rey Luis XV:

(...) en una carreta [se llevará al sentenciado], desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano (...) a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento (Foucault, 1975, p.13).

El poder soberano que tiene la facultad para destrozarse cuerpos resulta contrario a los DDHH, los cuales proscriben la tortura, igual que cualquier violación a la integridad física y moral de las personas. En el segundo cuadro, Foucault (1975) presenta un fragmento sobre el reglamento que organizaba la existencia de los presos en la Casa de jóvenes delincuentes de París en el siglo XIX:

A las siete y media en verano, y a las ocho y media en invierno, los presos deben hallarse en sus celdas, después de lavarse las manos y de haber pasado la inspección de las ropas hecha en los patios. Al primer redoble de tambor, desnudarse, y al segundo, acostarse. Se cierran las puertas de

las celdas y los vigilantes hacen la ronda por los corredores, para cerciorarse del orden y del silencio (p. 15).

Como vemos, los cuerpos ya no se destruyen, sino que se moldean y organizan en un tiempo estricto; de las horribles condenas que despedazan manos, piernas y cabezas, se pasa al ABC que enseña a trabajar. Foucault (1975) lo dice así: “he aquí, pues, un suplicio y un empleo del tiempo (...) definen muy bien, cada uno, un estilo penal determinado” (p. 15). Entre ambos estilos penales, que formulan distintas formas de gobierno, no pasa ni un siglo y, sin embargo, marcaron momentos históricos muy diferentes. Con la Casa de jóvenes delincuentes surgió una era de nuevos valores y políticas ante el derecho de castigar, donde se eliminó el cuerpo supliciado, para recrearlo en un campo productivo, junto a la dignidad humana. Nosotros entendemos que la vida se enmarca en el sistema jurídico, para gestionarle a partir del cuerpo, que se desarrolla entre cálculos y reglamentos, contrario a cualquier exceso, como el caso de Damiens.

1.2.3. La magia del derecho: fuerza y violencia doble

El suplicio de Damiens y el reglamento de la Casa de jóvenes delincuentes de París, nos recuerdan el ejercicio de la violencia; de este modo, retomamos a Walter Benjamin (1991), cuando plantea que “la tarea de una crítica de la violencia puede circunscribirse a la descripción de la relación de ésta respecto al derecho y a la justicia” (p. 23). Según el filósofo alemán, la violencia de la guerra no reside entre las mutilaciones o la sangre que se derrama en el campo de batalla, sino en la paz que “puede implantar o modificar condiciones de derecho por más que le pese al sentido de la justicia” (Benjamin, 1991, p. 28).

La violencia para Benjamin es la forma en que se organiza el mundo jurídicamente, al disponer entre normas el significado de la vida, determinando qué es y qué no es derecho; en otras palabras, cuando “las nuevas circunstancias son reconocidas como nuevo «derecho» (Benjamin, 1991, p. 29). Por eso, la importancia de la huelga para el filósofo alemán reside en que impide las acciones de hecho como el incendio o el sabotaje, y obliga al diálogo, espacio donde se conceden nuevos derechos; entonces, el orden jurídico se transforma, y por lo mismo es violencia.

Hasta aquí, se podría afirmar que la violencia se presenta en el momento en que se conceden nuevos derechos. Es importante agregar que, una vez se modifica el sistema jurídico, la violencia lo naturaliza como fundamental. Este movimiento de la violencia es primordial, en cuanto evidencia el carácter doble del derecho. En palabras de Benjamin (1991):

La función de la violencia en el proceso de fundación de derecho es doble. Por una parte, la fundación de derecho tiene como fin *ese* derecho que, con la violencia como medio, aspira a implantar. No obstante, el derecho, una vez establecido, no renuncia a la violencia (p. 40).

En consonancia con esta postura, para Bourdieu (2000), el derecho es un campo con reglas propias, donde se disputa el monopolio del derecho a nombrar y definir qué es derecho. En este combate, que solo reconoce fórmulas determinadas, se acepta “un modo de expresión y de discusión que implica la renuncia a la violencia física y a las formas elementales de la violencia simbólica, como la injuria” (Bourdieu, 2000, p. 186). Cambiar el suplicio por las reglas que organizan el tiempo en un campo productor, o renunciar al sabotaje, la injuria, y la guerra que destroza cuerpos, para conceder derechos, tienen en común la normalización; es decir, aceptan como fundamental, natural y de siempre, por la vida y la muerte, lo que a cada instante es redefinido. Por esta razón, Bourdieu (2000) compara el derecho con la magia:

La fuerza específica del derecho es algo muy paradójico, casi impensable. Hay que volverse a Marcel Mauss y a su teoría de la magia. La magia sólo actúa en un campo, es decir, un espacio de creencia en cuyo interior están los agentes socializados de manera que piensen que el juego al que juegan merece ser jugado. La ficción jurídica no tiene nada de ficticio; y la ilusión, como dice Hegel, no es ilusoria. El derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser, es decir, algo puro, completamente autónomo, etc. Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; y a producirlos, ante todo, en quienes ejercen el derecho (p. 5).

Según lo expuesto, el derecho adquiere su fuerza al creerse puro, autónomo, sagrado o por fuera de las relaciones sociales, siendo justo lo contrario, y desarrollarse entre los medios reales de producción, los conflictos de la historia, las dinámicas económicas, el

trabajo y los problemas sociales. Es decir, nuevamente se reconoce el papel normalizador del derecho, al considerar universal lo que es contingente; semejante al concepto de violencia que expusimos con Benjamin (1991), donde se determina entre normas qué es la vida y la muerte. Para el sociólogo francés hay un efecto de normalización en el derecho, capaz de universalizar o naturalizar el interés de ciertos actores sociales, haciendo normal lo que en realidad es una forma de nombrar, distribuir y normativizar. Lo dice así el mismo autor:

Y uno se puede sorprender de que la reflexión sobre las relaciones entre lo normal y lo patológico conceda tan poco espacio al efecto propio del derecho: el derecho, instrumento de normalización por excelencia, en cuanto discurso intrínsecamente poderoso y dotado de los medios físicos para hacerse respetar, está en disposición de pasar, *con el tiempo*, del estado de ortodoxia, creencia explícitamente enunciada del deber ser, al estado de *doxa*, de adhesión inmediata a lo que se presupone, a lo normal, como culminación de la norma que queda abolida en cuanto a tal en su perfección (Bourdieu, 2000, pp. 213-214).

Se normaliza lo normativo, una norma se vuelve normal, o un invento se hace innato. Este doble movimiento del derecho lo encontramos entre Marx –una producción aparenta ser natural–, Benjamin –la violencia fundadora se torna conservadora– y Bourdieu –la ortodoxia se vela como *doxa*–. Pareciera ser que, de alguna manera, en la normalización radica la fuerza de las normas jurídicas.

1.2.4. El orto de la vida –el otro derecho–

La ortografía, la ortodoxia, la ortopedia son conceptos normativos.

Georges Canguilhem - *Lo normal y lo patológico*

Como acabamos de ver, Bourdieu (2000) concede un espacio en su análisis del derecho, a las relaciones entre lo normal y lo patológico, dentro del sistema jurídico. Esto resulta interesante, en cuanto permite traer a colación *Lo normal y lo patológico* de Canguilhem, y redefinir el derecho como un campo conflictivo donde se determina qué es lo normal dentro de una vida biológica y colectiva, considerando la existencia a través de una tabla de valores, y clasificándole según sus diferentes formas. Entonces, comprendemos que una norma no refleja lo normal de una sociedad, sino que normaliza lo que es antes nombrado, y por ende normativo; es decir, la palabra entendida como dispositivo hegemónico, que (re)produce lo normal. En términos de Canguilhem: “un rasgo humano no sería normal porque fuese frecuente, sino a la inversa: sería frecuente por ser normal, es decir normativo en un género de vida dado” (1971, p. 120).

Si lo anormal se concibe normal, ocurre semejante a la fuerza del derecho en términos de Bourdieu (2000), cuando la ortodoxia se hace pasar por *doxa*, o la violencia según Benjamin (1991), que siendo fundadora de un orden jurídico, se torna conservadora. De este modo, consideramos que el derecho, como la ortografía, la ortodoxia y la ortopedia (Canguilhem, 1971), al ser un concepto normativo, reviste con supuestas normalidades, lo que en realidad son normas correctivas, al definir como normal, natural y eterno, lo contingente y azaroso:

Lo anormal como a-normal es posterior a la definición de lo normal. Sin embargo, la anterioridad histórica de lo anormal futuro es la que suscita una intención normativa. Lo normal es el efecto obtenido por la ejecución del proyecto normativo, es la norma exhibida en el hecho. Desde el punto de vista fáctico, existe pues entre lo normal y lo anormal una relación de exclusión. Pero esta negación está subordinada a la operación de negación, a la corrección requerida por la anormalidad. Por lo tanto, no hay nada paradójico en decir que lo anormal, lógicamente secundario es existencialmente primitivo (Canguilhem, 1971, p. 191).

Entendemos que el derecho dispone lo normal para una población; dinámica hegemónica que trata de organizar la existencia en un concepto promedio, general y público. Nuevamente, encontramos semejanza con los planteamientos de Benjamin (1991), cuando

asegura que la violencia da sentido a la vida jurídicamente. Lo anterior se podría complementar con las palabras de Canguilhem:

Cuando se habla de vida promedio, para aludir a su progreso creciente, se le relaciona con la acción que el hombre, considerado colectivamente, ejerce sobre sí misma (...) la muerte como un fenómeno social, estimando que la edad en la que ésta se produce es en gran parte el resultado de las condiciones de trabajo e higiene, de la atención a la fatiga y a las enfermedades (...) Todo sucede como si una sociedad tuviese “la mortalidad que le conviene”, puesto que la cantidad de muertos y su distribución en las diferentes edades expresan la importancia que una sociedad da o no da a la prolongación de la vida (...) finalmente, en ese número abstracto que es la duración promedio de la vida humana, está expresado un juicio de valor (1971, p. 121).

Se interpreta, entonces, que el derecho distribuye diferentes formas de vida en una clasificación predeterminada; gestiona la mortalidad de los individuos y la sociedad mediante procesos sofisticados y específicos que sirven para construir la normalidad en el contexto de la economía y la política globalizada.

1.3. Y después de todo, ¿qué es derecho público?

Recogiendo lo expuesto hasta este momento, para Benjamin (1991), la capacidad jurídica de gestionar la vida y la muerte, “alcanza al derecho en su origen mismo” (p. 31). Bourdieu (2000), a su vez, sostiene que el campo donde se compite por el monopolio a significar el derecho, no es diferente a la batalla por universalizar un estilo propio de vida. Finalmente, en el anterior apartado con Canguilhem (1971), expusimos cómo el promedio de vida, los cálculos con la población, el examen de la mortalidad y la natalidad, se vinculan estrechamente con los juicios de valor que una sociedad posee y produce con sus normas. Siendo así, se podría afirmar que el derecho está relacionado con las formas en que se gestiona la vida en una sociedad, lo cual hace eco a las palabras de Diego López Medina (2015): “el derecho constitucional de los derechos fundamentales, debe tener pues, como preocupación central la vida” (xxvi). Pero, ¿qué es la vida? Intentaremos responder a este interrogante en los siguientes apartados.

1.3.1. De no-matar, a las formas-de-vida

La vida en términos de Canguilhem (1971) va más allá del simple hecho de existir. En este sentido, el derecho a la vida se ha formulado, constitucionalmente, a través de la noción de dignidad humana, que establece unos parámetros, o condiciones mínimas de existencia. En otras palabras, la vida para el ESD no puede ser simplemente sobrevivir, situación que nos recuerda a Giorgio Agamben, cuando expone cómo se concebía la vida en la Antigua Grecia, para traer a colación el ejercicio del biopoder³:

Los griegos no disponían de un término único para expresar lo que nosotros queremos decir con la palabra *vida*. Se servían de dos términos semántica y morfológicamente distintos: *zoé*, que expresaba el *simple hecho de vivir* común a todos los vivientes (animales, hombres o dioses) y *bios*, que significaba *la forma o manera* de vivir propia de un individuo o un grupo (2001, p. 13).

La vida, leída jurídicamente, refiere al cumplimiento de un proyecto libre, propio y autónomo: una vida que, si no se desarrolla bajo protocolos tan concretos como determinados, no merece ser vivida, ya que no es digna. Entonces, se entiende que el derecho a la vida en el ESD colombiano, no se limita a una mera existencia (*zoé*), sino que demanda una forma (*bios*). No obstante, debe resaltarse que “la vida aparece originariamente en el derecho tan solo como la contrapartida de un poder que amenaza con la muerte” (Agamben, 2001, p. 14); y cuando la vida se limita a ser lo contrario de la muerte, el derecho solo obliga a no matar; por otro lado, cuando la vida se define según la forma, el derecho gestiona la existencia.

Aparte de no-matar, el derecho a la vida que se desarrolla junto a la dignidad humana, despliega un poder que se ejerce positivamente sobre los individuos, donde las diferentes formas de existencia se garantizan en igualdad de condiciones, para que el goce efectivo de

³ En este trabajo se toma la noción de biopolítica utilizada por Preciado en el *Manifiesto contra-sexual*, y que hereda de Foucault. Según este texto, la sexualidad puede concebirse dispositivamente, es decir, “como un producto de tecnologías positivas y productivas” (2002, p. 71). Cuando estudiamos el texto de *La historia de la sexualidad* de Foucault (1977), denominado por Preciado como *la historia del biopoder*, nos encontramos con que la biopolítica es “un poder que se ejerce positivamente sobre la vida, que procura administrarla, aumentarla, multiplicarla, ejercer sobre ella controles precisos y regulaciones generales” (p. 98). Se adopta la categoría de biopolítica en esta investigación como poder positivo que gestiona la vida de una población; para concebir el biopoder, es necesario problematizar el concepto de vida.

los derechos sea real. De este modo, el poder público no violenta, tortura, injuria, sabotea, reprime o mata; por el contrario, gestiona, aumenta, y organiza la vida; acorde a lo señalado con las normas y los nombres, se organiza el mundo en una tabla de valores, en relación a la economía, el trabajo, la salud y la buena alimentación; conforme al término foucaultiano de “gubernamentalidad”, podemos suponer que el derecho tiene como objeto “mejorar el destino de las poblaciones, aumentar sus riquezas, la duración de su vida, su salud (...) estimular, sin que las gentes se den cuenta de ello, la tasa de natalidad, o dirigiendo hacia tal o cual región, hacia tal actividad, los flujos de población”. (Foucault, 2007, p. 209). Recogiendo lo expuesto, se conceptualiza el derecho público como un instrumento para gestionar la vida de las poblaciones.

1.3.2. ¿Qué es un derecho (dis)positivo?

Ya que vinculamos la dignidad humana con el derecho, interpretamos el concepto jurídico de vida a través de Arango (2016). Primero, como una libertad negativa, que impide la intromisión del poder público en las decisiones personales que cada individuo proyecta con autonomía –no matar–; segundo, como un derecho positivo o prestacional, que activa al Estado y le impone obligaciones, para que garantice, en igualdad de condiciones, el goce efectivo de los derechos –vivir dignamente–. De este modo, podemos decir que los DDDFF se interrelacionan con los DESC, en un ESD, como lo consagra nuestra Carta Superior.

En el momento en que los derechos tienen la facultad de impulsar el poder público, podemos relacionar teóricamente lo que Foucault denomina dispositivo y que Preciado (2002) define como un aparato que, entre el poder y el saber, regula enunciados donde se establecen verdades, distribuyendo la vida y los placeres del cuerpo, mediante el uso de textos, discursos o leyes. No se trata de prohibiciones o represión, sino de administrar los cuerpos, nombrarlos y organizarlos según una visión del derecho. De este modo, en esta investigación asimilamos los derechos positivos (Arango, 2016) con los dispositivos (Preciado, 2002) cuando utilizamos el término “(dis)positivo”, y consideramos que el sistema jurídico administra la vida de los colombianos mediante la dignidad humana.

1.3.3. Vida: el derecho a la salud, los derechos sexuales y los derechos reproductivos

Al entender el derecho público como un dispositivo que administra la vida, resulta de vital importancia el derecho a la salud, bien jurídico que protege y garantiza el Estado colombiano a través del artículo 49 de la Constitución Política. Desde el Siglo XVIII, la salud ocupa un lugar privilegiado entre la vida de las personas, y la economía, por lo que:

Se esboza el proyecto de una tecnología de la población: estimaciones demográficas, cálculo de la pirámide de edades, cálculo de las diferentes esperanzas de vida, de las tasas de morbilidad, estudio del papel que juegan entre sí el crecimiento de las riquezas y el de la población, incitaciones diversas al matrimonio y a la natalidad, desarrollo de la educación y de la formación profesional. En el interior de este conjunto de problemas el «cuerpo» –*cuerpo de los individuos y cuerpo de las poblaciones*– aparece como portador de nuevas variables: (...) más o menos utilizables, más o menos susceptibles de inversiones rentables, dotados de mayores o menores probabilidades de supervivencia, de muerte o de enfermedad, más o menos capaces de aprendizaje eficaz (Foucault, 1999, pp. 332 - 333).

Se administra (se nombra) públicamente lo que está bien y mal, lo que es dañino para el cuerpo colectivo y lo que le potencia, destruye o refuerza. Así, entendemos el derecho a la salud como una estrategia biopolítica, que sirve para “observar, corregir, mejorar el «cuerpo» social y mantenerlo en un estado permanente de salud” (Foucault, 1999, p. 338). Concebir la vida jurídicamente, junto a la salud, permite entender que no se trata de un problema sobre matar o no-matar, como tampoco una cuestión individual; por el contrario, se gestiona públicamente una forma-de-vida para una población, junto a la dignidad humana, situación que leemos en el contexto de los medios de producción:

El cuerpo humano entra de nuevo en un mercado económico desde el momento en que es susceptible de salud o de enfermedad, de bienestar o de malestar, de alegría o de sufrimiento, en la medida en que es objeto de sensaciones, deseos (Foucault, 1999, p. 357).

El derecho a la salud puede verse como una estrategia biopolítica, y también, como un campo donde se debate la forma de nombrar y definir el derecho, lo normal y lo

patológico. Sería entonces un espacio de batalla donde se enfrentan diferentes conceptos sobre la vida, los cuales pujan a través de múltiples estrategias, por imponerse.

1.3.4. Experiencia subjetiva, o las manos del derecho

La concepción del derecho como dispositivo foucaultiano, permite seguir los planteamientos de Preciado (2002) cuando demanda la posibilidad de intervenir en la construcción del género y la sexualidad; con esta investigación buscamos participar en la producción del derecho, y de este modo, le perfilamos como una experiencia subjetiva, un espacio donde cada persona puede actuar en su elaboración, surtiendo estrategias que permitan nombrar lo normal para una vida colectiva. Recreamos el derecho como un espacio donde se practican múltiples posturas normativas, las cuales resisten, colaboran, o relacionan de formas múltiples.

Manipular el campo jurídico, desmontarlo y remontarlo cuantas veces sea necesario, interviniendo en su construcción, es finalmente la forma en que esta investigación concibe el derecho. En otras palabras, cuando leemos el derecho como una experiencia subjetiva, concebimos que las normas jurídicas no son fórmulas abstractas extrañas a las personas, ni ideas interiores en la profundidad de cada individuo, sino un campo con reglas propias donde se deslizan actores que le utilizan según sus intereses, como una caja de herramientas; un espacio donde cada sujeto participa y transforma la historia –condiciones reales de existencia, según Marx (1974)– donde desarrolla su vida, el proceso que cada sujeto experimenta con su cuerpo.

Consideramos que el derecho público es un espacio donde intervienen diferentes actores y múltiples estrategias, enfrentándose por el monopolio de nombrar el derecho a la vida. Este combate, cual “gramática de la guerra” (Valencia, 1987), se desarrolla sin quemar, violar, matar o injuriar a una población; sino a través de su normalización, clasificando, organizando, distribuyendo, dividiendo, calculando y gestionando comportamientos, prácticas, pensamientos y sentimientos. Creemos que no basta con exponer la pluralidad jurídica (Ariza, 2015); es necesario registrar los conflictos presentes entre las diferencias, crear los mapas de combate y los planos de campaña. También, es de resaltar que estos mapas

distribuyen el mundo con sus (di)visiones, nombres que normalizan con un discurso hegemónico, algunos intereses particulares.

Para concluir nuestro marco teórico, al concebir el derecho como un dispositivo que gestiona la vida de las personas, en armonía a los modos de producción, determinando un cuerpo individual en medio de relaciones históricas de poder, estimulando una sexualidad y una reproducción que se considera adecuada para una población; no solo suponemos que el sistema jurídico propone un sujeto que se reviste de dignidad humana, autonomía personal, libertad, igualdad, integridad, salud y bienestar, satisfecho en un mundo que se gobierna económicamente; también distinguimos una faceta conflictiva, dinámica y en proceso de construcción, donde nuevos sujetos pueden intervenir, activando el sistema jurídico, transformando lo que se entiende por derecho, y nombrando la vida de modo distinto.

Capítulo 2

Marco metodológico: cómo analizar los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia

Hemos definido el derecho público como un campo en conflicto donde se enfrentan múltiples actores (Valencia, 1987), por el monopolio a nombrar y decidir qué es el derecho (Bourdieu, 2000), y gestionando mediante normas la vida para una población (Canguilhem, 1971). A su vez, conceptualizamos la sexualidad y la reproducción desde una perspectiva biopolítica, al igual que los DSDR, la salud y el trabajo. Entendimos el derecho como una experiencia subjetiva, donde cada individuo puede intervenir en su construcción (Preciado, 2002). Por lo mismo, consideramos que el enfoque de esta investigación es cualitativo, ya que tiene “la intención de comprender, no de medir” (Santamaría y Velandia en Lopera, 2009, p. 166).

Por otro lado, al interpretar el derecho público como un dispositivo, en términos foucaultianos, problematizamos el presente de los DSDR a través de su formación en el tiempo, sin olvidar que “el objetivo de estos análisis es proponer una crítica de nuestro tiempo fundada en análisis retrospectivos” (Foucault, 1999, p. 28). Entonces, podría pensarse que nuestra investigación es también de tipo histórica; no obstante, al aplicar un enfoque arqueológico foucaultiano, le consideramos más descriptiva, interpretativa y explicativa. Problematizando lo anterior, surge la pregunta principal de este segundo capítulo: ¿Cómo analizar los DSDR en el actual Estado colombiano?

Para responder de la manera más clara, concretamos dos problemas específicos; en cada uno de estos, desarrollamos metodologías propias, con sus respectivas técnicas de recolección de datos. Así, el primer objetivo lo enfocamos en la experiencia de los DSDR en la actualidad; el segundo, a su formación histórica. Nos limitamos a documentos, por lo que podemos decir que hacemos una investigación documental; acudimos a las fuentes del derecho, como la jurisprudencia, las leyes, la doctrina, y la investigación jurídica, con relación a los DSDR.

Recogiendo lo expuesto, este capítulo está dividido en tres partes. Iniciamos problematizando la arqueología como tipo de investigación en el derecho público; en el segundo apartado, exponemos cómo nos servimos de los pronunciamientos constitucionales acerca de los DSDR, para configurar dos líneas jurisprudenciales; luego, mostramos el modo en que analizamos la PNSDSDR mediante la etnografía; a continuación, se evidencia cómo seleccionamos los datos y clasificamos los documentos para el análisis retrospectivo de los DSDR.

2.1. Por una arqueología del derecho, la sexualidad y la reproducción en el tiempo jurídico

Al decidir hacer un estudio con enfoque cualitativo, sirviéndonos del aparato teórico foucaultiano, y cuestionando la construcción normativa de los DSDR, nos acercamos a una investigación de tipo histórica; por lo mismo, consideramos pertinente distinguir cuál es la diferencia entre historia y arqueología.

Lo primero a tener en cuenta, es que la arqueología foucaultiana se preocupa por el presente, antes que por el pasado; como lo recuerda Deleuze (1987) en su libro *Foucault*, este tipo de análisis “no remite obligatoriamente al pasado[, sino que] existe una arqueología del presente” (p. 78); entonces, problematizamos el modo en que se construye la actualidad de los DSDR, estudiándoles retrospectivamente, desde su formación a través del tiempo.

Acorde a lo anterior, rastreamos material documental sobre el presente de los DSDR. Excluimos la jurisprudencia, pues debido a la gran cantidad de providencias resultantes, se le trató de manera especial, como se muestra en el segundo apartado de este capítulo. Para la actualidad de los DSDR, elegimos estudiar principalmente la PNSDSDR, sirviéndonos de la etnografía, y la propuesta metodológica de Vargas (1999), como se muestra en la tercera parte de este marco metodológico.

Para configurar los derechos a través del tiempo, dividimos la investigación en dos, antes y después de la actual Constitución Política, preguntándonos si es posible concebir los

DSDR, cuando hace falta la dignidad humana. Antes de 1991, rastreamos los delitos sexuales consignados en los diferentes códigos penales que ha tenido Colombia, desde la Ley 19 de 1890 hasta la actual Ley 599 de 2000, pasando por la Ley 95 de 1936 y el Decreto 100 de 1980. Luego de 1991, nos enfocamos al delito del aborto, por lo que traemos a colación la C-355/2006, que declaró la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), como derecho fundamental de las mujeres. De este modo, profundizamos en el cambio que produjo la dignidad humana, a la hora de concebir jurídicamente la sexualidad y la reproducción.

Finalmente, consideramos que es importante el análisis arqueológico que proponemos, en cuanto nos interesa problematizar el campo del derecho público, participando en la batalla por nombrar y significar qué es la vida, antes que entender exactamente cómo ha sido el desarrollo de la sexualidad y la reproducción desde el ámbito jurídico. De la misma manera, escogemos este método creyendo que es nuestro deber, como académicos y científicos jurídicos, no limitar el estudio del derecho a unas normas que regulan la sociedad. Así, siguiendo el pensamiento de Foucault (1999), creemos que nuestro objetivo es “luchar contra las formas de poder allí donde éste es a la vez objeto e instrumento: en el orden del «saber», de la «verdad», de la «conciencia», del «discurso»” (p. 107), pues entendemos que el derecho público, como los DSDR, son discursos que producen una verdad sobre la sexualidad, la reproducción, la vida, la salud, el placer y la familia.

2.2. Marco jurídico para los derechos sexuales y los derechos reproductivos

Según Diego López Medina (2011) en *El derecho de los jueces*, una línea jurisprudencial enseña el desarrollo concreto que ha tenido un derecho fundamental en un escenario constitucional; es decir, un “patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto” (López, 2011, p. 148). Siguiendo esta medida, decidimos acotar el tema de los DDSS al marco de la prostitución, y los DDDR a la FIV, en cuanto consideramos que ambos escenarios se ubican en el límite entre la sexualidad y la reproducción.

Utilizando la propuesta metodológica de López (2011), empezamos buscando la sentencia arquimédica; es decir, el caso más reciente revisado por la Corte Constitucional, con los mismos hechos fácticos y jurídicos. A través de ésta, rastreamos las sentencias referenciadas con el mismo escenario constitucional, para cumplir con la ingeniería en reversa. Finalmente, con las sentencias seleccionadas construimos la telaraña y el nicho citacional.

Antes de empezar con la exposición metodológica, es importante resaltar que para cada línea jurisprudencial, las sentencias que finalmente fueron seleccionadas, se leyeron siguiendo los parámetros de las fichas que brinda Jalil Alejandro Magaldi Serna (2014) en *Propuesta metodológica para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional*; donde aparte de exigir los datos de referencia, dejamos constancia de los argumentos utilizados por el Alto Tribunal, especificando en la *ratio decidendi*, o la pregunta jurídica que realmente resuelve.

2.2.1. Derechos sexuales y prostitución, selección de sentencias

La prostitución despliega para los DDSS un escenario constitucional donde colisionan derechos públicos y privados; así, nos cuestionamos si la libertad privada y la autodeterminación sexual son capaces de afectar derechos de terceros, el orden público y la seguridad. Buscando la última sentencia de la Corte Constitucional, para determinar el punto arquimédico, obtuvimos la **T-073/2017**. Es el caso de un establecimiento comercial que presta servicios sexuales, el cual es clausurado por no cumplir con los requisitos para el uso del suelo. Mediante esta providencia, seleccionamos las sentencias con mismo patrón fáctico, para formar el primer nivel de la ingeniería en reversa, y encontramos: **T-620/1995, SU-476/1997, C-636/2009, T-629/2010, T-736/2015, T-594/2016**.

Con cada una de las seis sentencias del paso anterior, repetimos lo hecho con la arquimédica, se rastrearon las providencias con mismo escenario constitucional dentro de las citas utilizadas, obteniéndose el segundo nivel de la ingeniería en reversa:

- 1) **T-620/1995: ---**
- 2) **SU-476/1997: T-620/1995**
- 3) **C-636/2009: T-620/1995 y SU-476/1997**
- 4) **T-629/2010: T-620/1995, C-507/1999 y C-636/2009**
- 5) **T-736/2015: T-620/1995, C-507/1999, C-636/2009, T-629/2010**
- 6) **T-594/2016: T-629/2010 y T-736/2015**

Se evidencian las mismas sentencias que con la arquimédica. La excepción resulta ser que la T-629/2010 no cita la SU-476/1997, y a su vez, es la única que hace referencia a un fallo que nunca más aparece, la C-507/1999. Además, la anterior sentencia a la arquimédica, la T-594/2016, no hace referencia sino a las dos sentencias que le anteceden, ignorando el resto. Cada una de estas providencias se pronuncia sobre la prostitución.

No consideramos necesario hacer un tercer nivel de citas, por lo que diseñamos la telaraña citacional en la Figura 1, que evidencia cómo se relacionan las sentencias rastreadas. Además, las sentencias que conforman el nicho citacional de esta línea jurisprudencial sobre los DDSS en el marco del trabajo sexual, es decir, la lista de las providencias finalmente seleccionadas, son las mismas seis referidas en la decisión arquimédica, como puede verse con la Figura 2.

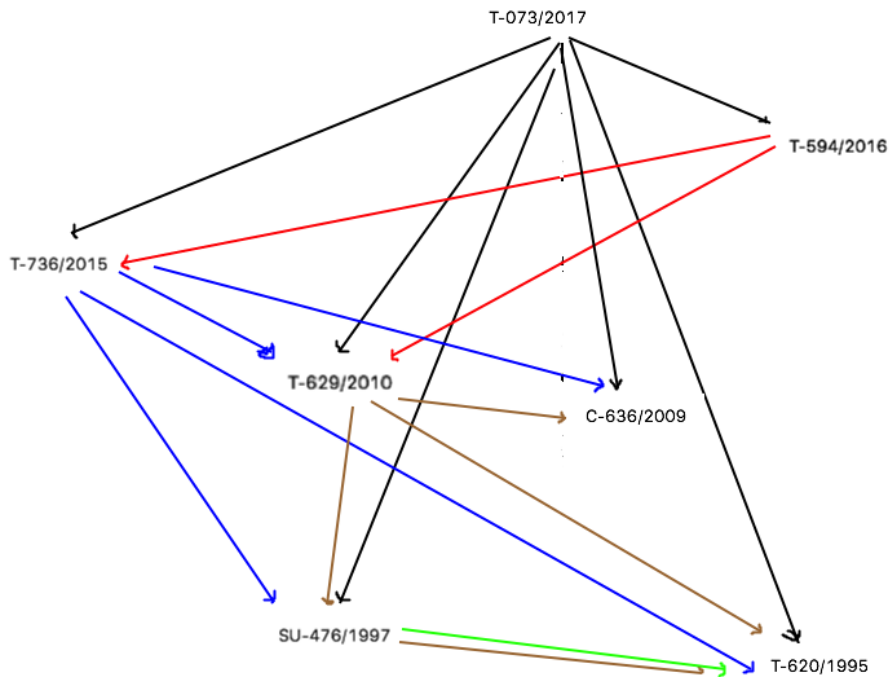


Figura 1. Telaraña citacional para los derechos sexuales y la prostitución. Fuente: elaboración propia.

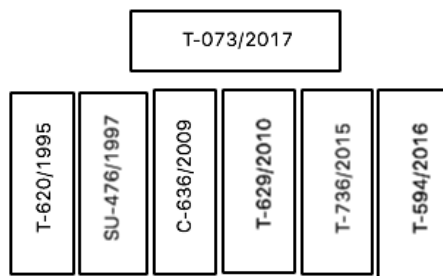


Figura 2. Nicho citacional para los derechos sexuales y la prostitución. Fuente: elaboración propia.

2.2.2. Interpretando los derechos en colisión, pregunta jurídica y balance constitucional

Con cada una de las sentencias seleccionadas nos preguntamos si se vulneraban los DDSS al restringir la prostitución. Solo contemplamos la posibilidad de responder SÍ o NO, siguiendo lo estipulado por López (2011); según lo que respondimos de cada providencia, ubicamos un punto entre las dos posturas. Finalmente, construimos los argumentos para cada respuesta polar, comprendiendo que SÍ se violan los DDSS cuando se restringe la prostitución, porque los derechos sexuales se vinculan al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de las personas, la autodeterminación sexual, la intimidad y la libertad de elegir oficio, derechos subjetivos e intrínsecos a la humanidad que protegen y garantizan las diferentes formas de vivir. Para el NO, determinamos que la prostitución vulnera la dignidad humana al comerciar con el propio cuerpo, además de alterar el orden público, la tranquilidad, el interés general, la seguridad y la moralidad, derechos que justifican su discriminación. Con los anteriores elementos hicimos el balance constitucional, e interpretamos las sentencias seleccionadas. El resultado lo podemos ver en la Tabla 1.

Tabla 1. Balance constitucional para los derechos sexuales. Fuente: elaboración propia.

¿SE VIOLAN LOS DERECHOS SEXUALES CUANDO SE RESTRINGE LA PROSTITUCIÓN?

| | | |
|--|--|---|
| <p>SÍ. Porque los derechos sexuales se vinculan al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de las personas, la autodeterminación sexual, la intimidad y la libertad de elegir oficio, derechos subjetivos e intrínsecos a la humanidad que protegen y garantizan las diferentes formas de vivir.</p> | <p>1º Etapa</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">T -620/95 ●</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">Salvamento SU-476/97 SU- 476/97 ●</p> <hr style="border-top: 1px dashed black;"/> <p>2º Etapa</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">C -636/09</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">T- 629/10</p> <hr style="border-top: 1px dashed black;"/> <p>3º Etapa</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">T- 736/15</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">T- 594/16</p> <p style="margin-left: 100px;">●</p> <p style="margin-left: 100px;">T- 073/17</p> | <p>NO. Porque la prostitución vulnera la dignidad humana al comerciar con el propio cuerpo, además de alterar el orden público, la tranquilidad, el interés general, la seguridad y la moralidad por lo que se justifica su discriminación.</p> |
|--|--|---|

2.2.3. Planteando un problema para los derechos reproductivos: escenario constitucional y sentencia arquimédica

Luego de exponer el modo en que seleccionamos e interpretamos las sentencias para el estudio de los DDSS, a continuación hacemos lo mismo con los DDRR. Como escenario constitucional, consideramos los casos en que se pretende la FIV mediante tutela, por ser un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS). Con este patrón fáctico, buscamos la decisión más reciente de la Corte Constitucional, para obtener la sentencia arquimédica, y se halló la **T-377/2018**. Rastreamos las providencias con mismo escenario constitucional, dentro de la arquimédica, conseguimos las siguientes sentencias para el primer nivel de la ingeniería en reversa: **T-752/2007, T-424/2009, T-226/2010, T-550/2010, T-633/2010, T-644/2010, T-009/2014, T-528/2014, T-274/2015, T-375/2016, T-398/2016**.

Como segundo nivel, rastreando el mismo escenario constitucional dentro de los casos contenidos en las sentencias del primer nivel, se obtuvo lo siguiente:

- 1) **T-752/2007: T-946/2002**
- 2) **T-424/2009: T-946/2002, T-752/2007**
- 3) **T-226/2010: T-946/2002, T-752/2007**
- 4) **T-550/2010: T-752/2007**
- 5) **T-633/2010: T-946/2002, T-424/2009, T-890/2009**
- 6) **T-644/2010: T-946/2002, T-752/2007, T-424/2009, T-890/2009**
- 7) **T-009/2014: T-946/2002, T-752/2007, T-857/2009, T-935/2010**
- 8) **T-528/2014: T-752/2007, T-424/2009, T-890/2009, T-633/2010**
- 9) **T-274/2015: T-946/2002, T-752/2007, T-424/2009, T-226/2010, T-633/2010, T-644/2010, T-009/2014, T-528/2014**
- 10) **T-398/2016: T-946/2002, T-752/2007, T-890/2009, T-550/2010, T-935/2010, T-924/2013, T-009/2014, T-274/2015**

A diferencia de la línea para los DDSS y la prostitución, acá realizamos tres niveles de la ingeniería en reversa, porque del segundo surgieron nuevos casos, y además, de esta

manera logramos un mejor filtro para la creación del nicho citacional. Así, encontramos las siguientes sentencias:

- 1) **T-946/2002: ---**
- 2) **T-857/2009: T-946/2002, T-752/2007, T-424/2009**
- 3) **T-890/2009: T-752/2007, T-424/2009**
- 4) **T-935/2010: : T-946/2002, T-752/2007**
- 5) **T-924/2013: : T-946/2002, T-752/2007, T-226/2010, T-550/2010**

Considerando suficiente tres niveles de ingeniería en reversa, resultaron en total quince sentencias, sin contar la arquimédica, como a continuación exponemos en orden cronológico:

- 1) **T-946/2002; 2) T-752/2007; 3) T-424/2009; 4) T-857/2009; 5) T-890/2009; 6) T-226/2010; 7) T-550/2010; 8) T-633/2010; 9) T-644/2010; 10) T-935/2010; 11) T-924/2013; 12) T-009/2014; 13) T-528/2014; 14) T-274/2015; 15) T-398/2016.**

Es de advertir que las quince sentencias no se tomaron para el balance y la narrativa, sino únicamente las más citadas (como lo muestra la Tabla 2); así, solo fueron seleccionadas para un estudio profundo, las providencias que se referenciaron cuatro veces o más, junto a la arquimédica, lo que configura un total de doce casos para el nicho citacional, como vemos en la Figura 3, donde realizamos la telaraña:

- 1) **T-946/2002; 2) T-752/2007; 3) T-424/2009; 4) T-890/2009; 5) T-226/2010; 6) T-550/2010; 7) T-633/2010; 8) T-009/2014; 9) T-528/2014; 10) T-274/2015; 11) T-375/2016; 12) T-377/2018.**

Tabla 3. Ingeniería en reversa con sus tres niveles, las sentencias más citadas, y el nicho citacional. Fuente: elaboración propia.

| | Arquimédicas: T-375/2016 T-377/2018 | | | | | | | | | | | |
|----------------|-------------------------------------|-------------|------------|------------|------------|------------|------------|-------------------|---------------|-----------------|------------|------------|
| Primer nivel: | T-752/2007 | T-424/2009 | T-226/2010 | T-550/2010 | T-633/2010 | T-644/2010 | T-009/2014 | T-528/2014 | T-274/2015 | T-398/2016 | | |
| Segundo nivel: | T-946/2002 | T-946/2002 | T-946/2002 | T-752/2007 | T-946/2002 | T-946/2002 | T-946/2002 | T-752/2007 | T-946/2002 | T-946/2002 | | |
| | | T-752/2007 | T-752/2007 | | T-424/2009 | T-752/2007 | T-752/2007 | T-424/2009 | T-752/2007 | T-752/2007 | | |
| | | | | | T-890/2009 | T-424/2009 | T-857/2009 | T-890/2009 | T-424/2009 | T-890/2009 | | |
| | | | | | | T-890/2009 | T-935/2010 | T-633/2010 | T-226/2010 | T-550/2010 | | |
| | | | | | | | | | T-633/2010 | T-935/2010 | | |
| | | | | | | | | | T-644/2010 | T-924/2013 | | |
| | | | | | | | | | T-009/2014 | T-009/2014 | | |
| | | | | | | | | | T-528/2014 | T-274/2015 | | |
| Tercer nivel: | T-946/2002 | T-857/2009 | T-890/2009 | T-935/2010 | T-924/2013 | | | Orden cronológico | Veces citada: | Las más citadas | | |
| | T-1104/2000 | T-946/2002 | T-752/2007 | T-946/2002 | T-946/2002 | | | T-946/2002 | 11 | T-752/2007 | 14 | |
| | T-689/2001 | T-752/2007 | T-424/2009 | T-752/2007 | T-752/2007 | | | T-752/2007 | 14 | T-946/2002 | 11 | |
| | T-572/2002 | T-424/2009 | | | T-226/2010 | | | T-424/2009 | 8 | T-424/2009 | 8 | |
| | | T-1104/2000 | | | T-550/2010 | | | T-857/2009 | 1 | T-226/2010 | 5 | |
| | | | | | | | | T-890/2009 | 4 | T-890/2009 | 4 | |
| | | | | | | | | T-226/2010 | 5 | T-550/2010 | 4 | |
| | | | | | | | | T-550/2010 | 4 | T-633/2010 | 4 | |
| | | | | | | | | T-633/2010 | 4 | T-009/2014 | 4 | |
| | | | | | | | | T-644/2010 | 3 | T-528/2014 | 4 | |
| | | | | | | | | T-935/2010 | 2 | T-274/2015 | 4 | |
| | | | | | | | | T-924/2013 | 1 | T-644/2010 | 3 | |
| | | | | | | | | T-009/2014 | 4 | T-935/2010 | 2 | |
| | | | | | | | | T-528/2014 | 4 | T-857/2009 | 1 | |
| | | | | | | | | T-274/2015 | 4 | T-924/2013 | 1 | |
| | | | | | | | | T-375/2016 | 0 | T-398/2016 | 1 | |
| | | | | | | | | T-398/2016 | 1 | T-375/2016 | 0 | |
| | | | | | | | | T-377/2018 | 0 | T-377/2018 | 0 | |
| Nicho final: | T-946/2002 | T-752/2007 | T-424/2009 | T-890/2009 | T-226/2010 | T-550/2010 | T-633/2010 | T-009/2014 | T-528/2014 | T-274/2015 | T-375/2016 | T-377/2018 |

2.2.4. Derechos en colisión y pregunta jurídica

Para interpretar las sentencias seleccionadas, los derechos a colisionar son los mismos desde cualquier postura polar, es decir, no hay derechos contrarios a enfrentar en este balance constitucional; los derechos que se invocan para negar el amparo de la FIV, como aquellos que sirven para concederle, no son diferentes; específicamente, tanto SÍ como NO, se apoyan en el derecho a la vida y la salud.

De este modo, por el polo negativo, se tiene que la salud es un derecho prestacional y no fundamental, posible de tutelar solo cuando se viola en conexidad con el derecho a la vida; entonces, la salud reproductiva no afecta a la vida porque no hay peligro de muerte. Nosotros leemos que se trata de la vida como mera existencia, sin dignidad humana, donde la obligación del Estado se circunscribe a no matar; asimismo, para esta interpretación, la salud se restringe a no padecer ninguna enfermedad.

Por el contrario, para el polo positivo, la salud sí es un derecho fundamental, sin perjuicio de su faceta prestacional, pues supone que todos los derechos constitucionales son interdependientes, y se interrelacionan. De este modo, la vida no se limita a una mera existencia, sino que exige desarrollarse junto a la dignidad humana, la autonomía individual y el goce efectivo de los derechos, sin discriminación ni humillación. Así, la salud no solo se viola cuando no se presta un tratamiento urgente para impedir la muerte, sino cuando no se garantiza un estado general de bienestar.

Finalmente, tras aclarar que los derechos a colisionar en este balance constitucional son los mismos para las partes contrarias, y luego de hacer énfasis en que realmente son interpretaciones jurídicas las que se enfrentan, solo queda enunciar la pregunta que encabeza el balance constitucional, con sus dos respuestas polares: ¿Se vulneran derechos reproductivos cuando se niega un tratamiento de FIV por estar excluido del POS, siendo este procedimiento la única forma de conformar un núcleo familiar? (Tabla 4).

SÍ, porque el derecho a la vida no se agota en proteger una mera existencia, sino que exige, como garantía, un pleno desarrollo junto a la igualdad, la libertad y la dignidad humana, por lo que el derecho a la salud no solo se viola por no tratar una enfermedad que peligra con la muerte, sino cuando falta un estado general de bienestar.

NO, porque la salud es un derecho prestacional y no fundamental, el cual se limita a tratar enfermedades y dolencias que vulneran la vida, bien jurídico que no se afecta cuando se niega un procedimiento de fertilidad.

Tabla 4. Balance constitucional para los derechos reproductivos y la FIV. Fuente: elaboración propia.

¿SE VULNERAN DERECHOS REPRODUCTIVOS CUANDO SE NIEGA UN TRATAMIENTO DE *FECUNDACIÓN IN VITRO* POR ESTAR EXCLUIDO DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, SIENDO ESTE PROCEDIMIENTO LA ÚNICA FORMA DE CONFORMAR UN NÚCLEO FAMILIAR?

| | | |
|---|---|--|
| <p>SÍ, porque el derecho a la vida no se agota en proteger una mera existencia, sino que exige, como garantía, un pleno desarrollo junto a la igualdad, la libertad y la dignidad humana, por lo que el derecho a la salud no solo se viola por no tratar una enfermedad que pelagra con la muerte, sino cuando falta un estado general de bienestar.</p> | <p>1º Etapa</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">1) T-946/2002</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">2) T-752/2007</p> <p style="text-align: right;">○</p> <p style="text-align: right;">3) T-424/2009</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">4) T-890/2009</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">5) T-226/2010</p> <p style="text-align: right;">○</p> <p style="text-align: right;">6) T-550/2010</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">7) T-633/2010</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">8) T-009/2014</p> <p>-----</p> <p>2º Etapa</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">9) T-528/2014</p> <p style="text-align: left;">●</p> <p style="text-align: left;">10) T-274/2015</p> <p>-----</p> <p>3º Etapa</p> <p style="text-align: left;">●</p> <p style="text-align: left;">11) T-375/2016</p> <p style="text-align: right;">●</p> <p style="text-align: right;">12) T-377/2018</p> | <p>NO, porque la salud es un derecho prestacional y no fundamental, el cual se limita a tratar enfermedades y dolencias que vulneran la vida, bien jurídico que no se afecta cuando se niega un procedimiento de fertilidad.</p> |
|---|---|--|

2.3. Una etnografía para la Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos

Como el objetivo principal de esta investigación es analizar los DSDR desde la arqueología, nos preguntamos cómo estudiar la política pública que representa su actualidad. Siguiendo los parámetros estipulados para el estudio de cualquier política pública, según la línea teórica de Vargas (1999), como ejercicio analítico, describimos y explicamos la PNSDSDR. Por lo mismo, podemos pensar el uso de la etnografía en la investigación de políticas públicas, en cuanto este instrumento antropológico describe el objeto de estudio, exponiendo los datos analizados, para luego explicarlos a partir de una “exposición final y teorizada de los resultados” (Malinowski, 1986, p. 21). En otras palabras, para el uso adecuado de la etnografía, no puede interpretarse nada en abstracto, cualquier explicación debe sustentarse en un material previamente descrito; igualmente, quedarse en la simple exposición de los datos, sin darles una interpretación teórica, resulta insuficiente. Por la misma línea argumentativa son las apreciaciones de Clifford Geertz (2003), cuando dice que el etnógrafo debe primero capturar las estructuras culturales, para luego explicarlas:

(...) lo que en realidad encara el etnógrafo es una multiplicidad de estructuras conceptuales complejas, muchas de las cuales están superpuestas o enlazadas entre sí, estructuras que son al mismo tiempo extrañas, irregulares, no explícitas, y a las cuales el etnógrafo debe ingeniarse de alguna manera, para capturarlas primero y para explicarlas después (p. 24).

Recogiendo lo señalado, podemos argumentar que la etnografía es útil para el estudio de la PNSDSDR, pues resulta acorde a la descripción e interpretación que propone Vargas (1999) para el análisis de las políticas públicas. De este modo, investigamos el presente de los DSDR en Colombia.

2.4. Historia universal, los derechos sexuales y los derechos reproductivos a la luz del capitalismo

Nos preguntamos en este apartado por cómo utilizar la historia universal en el estudio de los DSDR. Iniciamos retomando las palabras de Deleuze y Guattari (1985), cuando aseguran que es posible hacer este tipo de análisis, y “comprender retrospectivamente toda la historia a la luz del capitalismo, con la condición de seguir exactamente las reglas formuladas por Marx” (p. 145). Para complementar, Marvin Harris (1979) asegura que Turgot también hace este tipo de análisis, cuando fija diferentes estadios de la humanidad según la necesidad de sobrevivir al medio ambiente. En este sentido, observamos que Marx no es el único en servirse de la historia universal; no obstante, decidimos utilizar sus reglas porque, a diferencia de Turgot, no consideramos que el cambio histórico esté determinado por la naturaleza, sino que responde a una práctica histórica, contingente dentro de cierta población; asimismo lo supone Deleuze y Guattari (1985) cuando sostienen que “la historia universal no es tan solo retrospectiva, es contingente, singular, irónica y crítica” (p. 146). Es decir que, a diferencia de Turgot, que propone una historia continua para toda la humanidad, nosotros concebimos el cambio social en el marco de una historia particular, atravesada por relaciones de poder.

Puesto que la historia universal toma su enfoque como una simple posibilidad, entre otras más, es crítica y se interesa por introducir discontinuidades en aquello que se considera eterno y normal; en otras palabras, creemos que se trata de señalar, y desenmascarar, procesos donde se implementa la violencia (Benjamin, 1991) para determinar (normalizar) un modo de vida, acorde a lo visto en el capítulo anterior. Por lo mismo, creemos que para el estudio de los DSDR, no podemos limitar nuestra lectura a una interpretación jurídica, e incluimos posturas ajenas al derecho, teniendo presente los modos de producción, la economía y la política.

Recogiendo lo expuesto, utilizamos la historia universal al estudiar los DSDR en la actualidad, prestando especial atención a las transformaciones acarreadas a través del tiempo. No pensamos formular la verdad, y damos la oportunidad a diferentes posturas; por lo mismo, no es nuestra pretensión que la propuesta contenida en esta investigación sea definitiva, única

o general, sino singular: vinculamos el análisis a un contexto limitado, en relación con la economía y la política.

Capítulo 3

Marco jurídico: derechos sexuales y derechos reproductivos, una batalla por nombrar la vida

En este capítulo nos preguntamos por el desarrollo de los DSDR, en el marco del derecho público colombiano, específicamente en la constitución de los derechos fundamentales; exponiendo el modo en que la Corte Constitucional concibe dichas categorías. Dos propósitos cumplimos así, primero mostrar cómo se configura jurídicamente la sexualidad y la reproducción desde la interpretación de las providencias constitucionales, basándonos en la arqueología foucaultiana; es decir, como dispositivos que gestionan la vida a través del “orden del «saber», de la «verdad», de la «conciencia», del «discurso»” (Foucault, 1999, p. 107). Segundo, al exponer el modo en que el Estado colombiano define los DSDR, podemos relacionar más fácilmente nuestro aparato teórico con los conceptos del derecho público.

Cuestionamos cómo la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los DSDR, con relación al derecho a la vida y la salud. También estudiamos las sentencias constitucionales mediante la concepción foucaultiana de dispositivo, teniendo en cuenta que desde el marco teórico vinculamos dicha categoría con los derechos que Arango (2016) denomina positivos, ya que activan el poder público con el objeto de garantizar el goce efectivo de la justicia material en el Estado colombiano.

El capítulo está dividido en cuatro partes; en primer lugar, línea jurisprudencial sobre los DDSS; segundo, se desarrolla otra línea jurisprudencial, para los DDDR; en un tercer momento, relacionamos las dos anteriores líneas jurisprudenciales; y finalmente, vinculamos el análisis jurisprudencial sobre los DSDR con las categorías enmarcadas desde el marco teórico: los derechos a la vida y la salud, la dignidad humana, la sexualidad y la reproducción.

La necesidad de crear dos líneas jurisprudenciales, una para los DDSS y otra para los DDDR, responde a que la Corte Constitucional sustenta en la sentencia T-375/2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Mendoza, que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos

diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”. Igualmente, analizamos conjuntamente los DDSS y los DDRR, pues “ambos derechos están indudablemente relacionados, dado que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgo de embarazos no deseados” (CConst, T-375/2016, G. Mendoza).

3.1. Derechos sexuales y prostitución: de traficar con los genitales a prestar servicios sexuales

Decidimos desarrollar la línea jurisprudencial sobre los DDSS, con la prostitución como escenario constitucional, porque le consideramos un oficio ubicado en el límite de la sexualidad y la reproducción, donde el placer sexual tiene un “espacio real para su realización” (Sánchez, 1998, p. 148). El balance constitucional, como su narrativa, se divide en tres etapas y responde a esta pregunta jurídica: ¿se vulneran los derechos sexuales cuando se restringe la prostitución? (Tabla 1)

3.1.1. Primera etapa: comerciar con el cuerpo es contrario a la dignidad humana

Configuramos el inicio de esta línea jurisprudencial con dos ponencias (T-620/1995 y SU-476/1997) del Magistrado Vladimiro Naranjo, donde se declaró que NO se vulnera ningún derecho fundamental cuando se restringe la prostitución, pues se trata de una actividad indigna y contraria al sistema jurídico. Los casos de ambas sentencias son similares: viviendas familiares, donde habitan niños y abuelos, se sitúan junto a zonas de tolerancia, o como aseguró uno de los accionantes, donde “funcionan prostíbulos y cantinas de mala muerte, lo que crea una situación de inseguridad permanente, debido a la presencia de delincuentes, constantes riñas callejeras y espectáculos sexuales en la vía pública” (CConst, SU-476/1997, V. Naranjo).

En la T-620/1995, sentencia fundadora de línea, la Corte Constitucional interpretó el alcance del derecho a la intimidad, junto a los derechos de los menores de edad, y la familia; también invocó el derecho a la tranquilidad, como la moral y el orden público, para restringir

la prostitución; se protegió la familia, bajo el supuesto que “no es justo el permitir que la infancia se vea connaturalizada con un ambiente de promiscuidad sexual”. Entonces, esta providencia aseguró que la prostitución no era un “trabajo honesto, digno de amparo legal y constitucional, ya que ésta, por esencia, es una actividad evidentemente inmoral”. La prostitución, en este momento del balance, no gozaba de ningún derecho, pues se aseguraba que “para el Estado social de derecho la prostitución no es deseable, por ser contrario a la dignidad de la persona humana el comerciar con el propio ser” (CConst, T-620/1995, V. Naranjo); es decir, se concebía el cuerpo de las personas en un contexto mercantil, contrario a la dignidad humana.

En la segunda sentencia, se argumentó que para el ESD ninguna libertad individual es absoluta, lo que se traduce en la obligación de todas las personas a respetar el orden jurídico existente, y así, “el interés individual o particular debe ceder al interés general, que es prevalente en los términos del artículo 1o. de la Constitución Política” (CConst, SU-476/1997, V. Naranjo). Leemos que las libertades sexuales no son absolutas y menos pueden perturbar el interés general, por lo que antes que permitir la prostitución, se consideró necesario amparar “los derechos de las personas a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas”, bienes jurídicos que estructuran la justicia constitucional en una convivencia pacífica.

Contrario a la postura mayoritaria de la sentencia SU-476/1997, resaltamos que el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz salvó su voto al considerar que el problema no era la prostitución, sino los excesos de desorden que se presentaban en el espacio público, aledaño a viviendas familiares donde residían niños, y que igual sería ante cualquier persona o comunidad, en cuanto “las formas de vida y de ser vinculadas a la prostitución y a los travestidos, encuentran amparo en la Constitución Política”. Dentro del balance, este salvamento ocupa el extremo opuesto de la decisión, pues claramente es un SÍ. Por lo demás, leyendo desde el marco teórico, entendemos que esta postura concibe la prostitución como una forma de vida (*bios*) posible constitucionalmente.

3.1.2. Segunda etapa: de traficar con la genitalidad a prestar servicios sexuales

Con esta etapa, transitamos de un rotundo NO, hacia un reiterado SÍ. Son solo dos casos, y aunque se avanza hacia el extremo contrario del balance, continuamos cerca de las dos anteriores providencias. Así, en la primera sentencia de esta segunda etapa, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la C-636/2009, se demandó el artículo 213 del Código Penal sobre la *Inducción a la prostitución*, que dispone una pena para “el que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona” (Ley 599, 2000). Según el accionante, este tipo penal vulnera derechos fundamentales como la dignidad humana, el principio de igualdad material ante la ley, y el libre desarrollo de la personalidad, junto a la libertad de escoger profesión u oficio.

La Corte declaró exequible la disposición demandada, tras realizar un test de proporcionalidad al delito estudiado, y argumentar que este tipo penal cumple con la finalidad propuesta, teniendo como objeto proteger la dignidad humana; de esta forma, “aunque la prostitución puede ser el resultado de una decisión libre, autónoma y voluntaria, el tipo penal acusado califica el dolo no de quien opta por prostituirse sino de quien induce” (CConst, C-636/2009, M. González). En otras palabras, la prostitución que se ejerce sin voluntad, es lo que se cataloga como explotación y delito, contrario al trabajo que se practica libremente, sin coacción o inducción.

Leemos que desde este momento, la prostitución se vuelve una forma de vida posible dentro del ordenamiento jurídico colombiano, cosa contraria a la primera etapa donde no era posible, y mejor evitarla o erradicarla. Además, consideramos importante que desde esta providencia se cataloga a la prostitución como un trabajo. Así, pareciera que se sigue definiendo la vida constitucionalmente desde su forma (*bios*), no tanto en relación a la familia y la tranquilidad como antes; sino garantizando cualquier modo de existencia, siempre y cuando se elija libremente.

Igual, esta sentencia sigue respondiendo con un NO a la pregunta jurídica del balance constitucional, pues, aunque se protegió “la autodeterminación sexual [que] puede conducir a una persona a ejercer la prostitución” (CConst, C-636/2009, M. González), se siguió

tratando como “el aprovechamiento comercial de la genitalidad y la sexualidad”, en relación con el delito de la trata de personas.

Por otro lado, la T-629/2010 con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao, que consideramos hito, desarrolló un cambio jurisprudencial importante, no solo por las implicaciones que trajo para el derecho, sino por la forma en que se nombró y concibió la prostitución, confrontando directamente las anteriores providencias constitucionales. Es el caso de una prostituta que, al quedar embarazada, fue despedida del bar donde trabajaba prestando servicios sexuales, por lo que pretende proteger sus DDFF al “trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital”, mediante sentencia.

La Corte Constitucional resolvió este caso argumentando que, debido a la igualdad que establece el artículo 13 Superior, no es posible discriminar a nadie por su sexualidad, ni por el trabajo que realiza; además, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que la igualdad sea materialmente justa, atendiendo especialmente a los sujetos de especial protección. Por esto, recordamos nuestro marco teórico, donde establecimos unos derechos (dis)positivos que no se limitan a proteger, sino que el poder público está en la obligación de garantizarles, creando espacios adecuados para su satisfacción; de este modo, leemos que se gestionan diferentes formas de vida, efectuando un goce real de los derechos.

Resumiendo, desde este momento la prostitución deja de ser contraria a la dignidad y al trabajo, lo que además le permitió al individuo que la ejerce, crecer como persona y desarrollarse libremente, dentro de una sociedad justa. Otra diferencia a rescatar en esta providencia, es que ya no se nombró a la prostitución como el hecho de comerciar con el propio ser o traficar con la genitalidad, sino como “una relación laboral para la prestación de servicios sexuales” (CConst, T-629/2010, J. Henao).

Por último, es interesante que al término de esta segunda etapa, se han recogido para la configuración de los DDSS, “la autodeterminación sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión u oficio” (CConst, C-636/2009, M. González); así, se van dibujando los DDFD que conforman los DSDR, conforme a una vida que se determina según su forma (*bios*), y no en la mera existencia (*zoé*), pues la libertad permite elegir un proyecto autónomo, y la dignidad humana debe garantizarse en igualdad de condiciones.

3.1.3. Tercera etapa: protección especial a quien decide libremente prostituirse

Esta tercera y última etapa, ubica tres puntos del balance constitucional en un rotundo SÍ, aunque quien alcanza el extremo de dicha postura es la última sentencia, la T-073/2017. Acorde a la segunda etapa, que proyecta un desplazamiento hacia el amparo de los DDSS, la prostitución y la libertad de elegir oficio, en esta última fase se consolida la protección al trabajo sexual junto a la dignidad humana. No por otra razón, se establece un nuevo precedente, y se dibuja para un caso posterior, la posibilidad de SÍ amparar los DDFD de las personas que libremente deciden prestar servicios sexuales.

El primer caso de esta tercera etapa, la T-736/2015 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz, sostuvo que “la prostitución por cuenta propia o por cuenta ajena –a partir del ejercicio de la voluntad libre y razonada–, y la actividad comercial de las casas de prostitución, no se encuentran penalizadas en Colombia”. Tras cambiar la concepción sobre la prostitución, y conceptualizarle como un trabajo digno que ofrece servicios sexuales, se enunció la necesidad de “establecer la protección del derecho al trabajo en el ejercicio del oficio sexual lícito por cuenta propia o ajena, a partir de la determinación de las personas que realizan esta actividad como sujetos de especial protección constitucional” (CConst, T-736/2015, G. Ortiz).

Como se ve, se declaró a las personas que ejercen la prostitución como sujetos de especial protección constitucional, lo que obliga al Estado a restablecer la igualdad vulnerada, no solo prohibiendo la discriminación; sino garantizando el goce efectivo de los

derechos, adoptando las medidas necesarias para reparar la equidad vulnerada. Entonces, se fija el alcance del artículo 13 Superior:

(...) el sentido, carácter y objetivo del Estado Social de Derecho en relación con sus deberes de igualdad como principio, valor y derecho constituyen un límite a las actuaciones estatales, y generan obligaciones negativas, en cuanto a la abstención de intervenciones estatales que discriminen en razón a condiciones como el género o el estatus socioeconómico, y positivas en el deber de adoptar medidas que contribuyan a acercarse más a la igualdad real y efectiva, particularmente dirigidas a personas que en razón de su condición física, mental o socioeconómica se encuentren en situación de debilidad manifiesta o hagan parte de un grupo marginado o discriminado (CConst, T-736/2015, G. Ortiz).

Lo anterior resulta más interesante en cuanto se recuerda que en el marco teórico relacionamos los DESC, así como el ESD, con los derechos (dis)positivos; es decir, con aquellas medidas que se despliegan con el fin de hacer efectivo el goce de los derechos. De este modo, podemos suponer que el poder público se activa para gestionar la vida, el deseo, el placer y la reproducción, junto a la salud y los cuerpos que se normalizan en un promedio de vida.

En la sentencia T-594/2016, también con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, se protegieron y garantizaron los DDSS en el marco de la prostitución, no solo mediante la igualdad, sino por la libertad junto a la dignidad humana. Puesto que en la anterior providencia constitucional se mostró a la igualdad como valor, principio y derecho fundamental, creemos que resulta más apropiado exponer en este momento el alcance concedido a la libertad, debido a que la jurisprudencia constitucional:

(...) ha reconocido un principio de libertad que autoriza a las personas a hacer todo lo que no esté prohibido o que no esté subordinado a condiciones específicas. Correlativamente, éste se extiende a la facultad de las personas de tomar decisiones que determinen el curso de su vida y es el presupuesto fundamental del ejercicio de los derechos fundamentales. Como derecho, varias disposiciones de la Carta Superior le reconocen a la libertad personal un carácter fundamental en diferentes manifestaciones como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art.

20) y la prohibición de condena penal sin juicio (art. 28) (CConst, T-594/2016, G. Ortiz).

Entonces, la libertad se vincula con el derecho a la vida, cuando vivir se entiende como el desarrollo de un proyecto que determina el curso de la propia existencia; por lo mismo, se hace posible pensar la dignidad humana junto a la vida, pilar de la Constitución Política que protege a todas las personas sin discriminación; así, en esta providencia, además de la igualdad y la libertad, se determinó que:

La dignidad humana es un principio fundante de la Carta de 1991, un valor transversal a la misma y un derecho fundamental autónomo. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como pilar ético o presupuesto esencial del reconocimiento y la efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución. Como derecho autónomo, ha dicho que garantiza “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

Finalmente, es importante resaltar que el último punto dentro del balance, la sentencia arquimédica T-073/2017 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, alcanza el extremo del SÍ. Se trata de una providencia que consolida la línea, capaz de proyectar una sombra decisional bastante firme, donde muy seguramente un siguiente caso con situación fáctica similar, no podrá salirse de tal parámetro, no sin una carga argumentativa mayor que le motive. Por lo demás, su posición extrema radica en que determinó unas subreglas para distinguir el trabajo sexual de la explotación sexual, atendiendo a que:

(...) (i) no existan condiciones asociadas a la violencia armada; (ii) no se esté frente a un escenario de trata de personas, nacionales o extranjeras; (iii) las personas que se identifiquen como prostitutas, hayan dado su pleno consentimiento y estén de acuerdo con realizar tal actividad; (iv) el consentimiento dado no haya sido coaccionado, o influenciado, por situaciones de orden socio-económico; (v) a la persona le fue dada toda la información útil y pertinente para tomar una decisión consciente sobre su cuerpo, en la que se le hayan explicado los impactos negativos de desarrollar tal actividad; (vi) existan todas las protecciones que el derecho laboral brinda y; (vii) el Estado, a través de sus entidades territoriales, haya ofrecido oportunidades, asesoría y apoyo a las personas que ejercen la prostitución.

Como se muestra, la prostitución no solo deja su apariencia inmoral e indigna, sino que se protege y garantiza constitucionalmente, siempre y cuando se ejerza con libertad y autodeterminación sexual. De este modo, se blindo con derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la dignidad humana, columna vertebral de nuestra Constitución Política.

3.1.4. ¿Se vulneran los derechos sexuales cuando se restringe la prostitución?

Según expusimos en la anterior narrativa, sobre el balance de la prostitución como trabajo digno, y la protección de los DDSS, solo hasta la tercera etapa se consolida la línea, ya que desde la sentencia fundadora hasta el caso arquimédico, se pasa de extremo a extremo en las respuestas polares, casi respondiendo a un cambio incremental. Así, vemos que las últimas tres sentencias han tenido un comportamiento bastante uniforme, lo que nos permite proyectar una sombra decisional para un siguiente caso, donde se garantizaría la prostitución como un trabajo digno, con especial protección al tratarse de un grupo históricamente discriminado.

Tras iniciar con “que no sea exacto presentar a la prostitución como trabajo honesto, digno de amparo legal y constitucional” (CConst, T-620/1995, V. Naranjo), se termina considerando a las personas que ofrecen servicios sexuales por voluntad propia, en un espacio donde gozan de “todas las protecciones que el ordenamiento jurídico brinda, garantizando sus derechos fundamentales a la vida, dignidad, libre desarrollo de la personalidad y mínimo vital, así como sus derechos sociales al trabajo y a una remuneración justa y equitativa” (CConst, T-629/2010, J. Henao).

Además de evidenciar un cambio en el derecho, se modificó la forma de concebir la prostitución, pasando de “comerciar con el propio ser” (CConst, T-620/1995, V. Naranjo), a “la prestación de un servicio sexual por el cual se recibe una retribución económica y cuyo intercambio permite una negociación y ejercicio de servicios sexuales remunerados” (CConst, T-736/2015, G. Ortiz).

Es importante tener en cuenta que los DDSS se desarrollan junto a DDFF como la autodeterminación sexual, que no sería posible sin la libertad de cada individuo para elegir la forma en que proyecta su vida, es decir, mediante la dignidad, la igualdad, la libertad de elegir oficio, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, además del trabajo y la seguridad social, derechos necesarios del ESD que concibe Colombia en su Carta Política.

Lo anterior podemos interpretarlo desde una perspectiva biopolítica, en cuanto leemos que, en la tercera y última etapa, el poder público administra diferentes formas de vida (*bios*), contrario no solo a una mera existencia (*zoé*), sino a un modo unívoco de vivir, como al inicio expusimos en relación a la tranquilidad de la familia, la seguridad social y la convivencia pacífica, donde la sexualidad solo era posible en relación a la reproducción. Concebimos esta gestión de la población mediante los derechos (dis)positivos: la igualdad y la libertad, la autonomía sexual y reproductiva, el goce efectivo de los derechos.

3.2. Derechos reproductivos, un debate por la vida

Tras desarrollar la línea jurisprudencial sobre los DDSS, este segundo acápite lo dedicamos a los DDDR, dividiendo la narrativa del balance constitucional, que enfocamos a casos de infertilidad y FIV, en tres etapas (como puede verse en la Tabla 4). Para recordar, la pregunta jurídica que formulamos es: ¿se vulneran DDDR cuando se niega un tratamiento de FIV por estar excluido del POS, siendo este procedimiento la única forma de conformar un núcleo familiar?

La primera etapa de esta línea jurisprudencial, inicia con la sentencia T-946/2002 y va hasta el octavo caso, doce años después con la T-009/2014, distinguiéndose por su notable inclinación hacia el NO; en la segunda etapa se estudian únicamente dos sentencias, la T-528/2014 y la T-274/2015, donde se inicia el tránsito hacia el polo opuesto del balance; finalmente, se enfrentan dos posturas radicalmente contrarias, un claro SÍ y un notable NO, mediante las providencias T-375/2016 y T-377/2018, las cuales impiden establecer con seguridad cuál precedente constitucional es el que tiene actualmente fuerza vinculante.

Antes de comenzar, resulta importante aclarar que hemos formulado el escenario constitucional siguiendo los planteamientos del marco teórico, relacionando la actividad del poder público que pone en práctica los derechos (dis)positivos; de este modo, nos preguntamos por la posibilidad de un procedimiento médico para tratar la infertilidad. Por otro lado, y semejante a la prostitución, creemos que este escenario se ubica en el límite entre la sexualidad y la reproducción. Además, en las respuestas polares logramos vincular la concepción biopolítica acerca de cómo definir vida y salud.

3.2.1. Primera etapa: la infertilidad NO afecta la vida

El inicio de esta línea jurisprudencial defiende el NO como respuesta a la pregunta del balance, sustentándose en una concepción de vida y salud, que nosotros leemos desde la carencia material y las libertades negativas (Arango, 2016). La salud se definió como la ausencia de enfermedades y dolores, mientras que la vida se estableció como lo contrario a la muerte. Durante esta etapa, los DDRR únicamente obligaban al Estado a no intervenir en la esfera privada de las personas, acerca de cómo, con quién y en qué frecuencia reproducirse. Entendemos que la Corte Constitucional definió la vida como una simple existencia sin forma (*zoe*); en el mismo sentido, el derecho a la salud no sirve para la gestión demográfica, sino que cuida moribundos.

Comenzamos con la sentencia fundadora de línea, la T-946/2002 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas, donde se declaró que la infertilidad biológica no era responsabilidad del Estado, quien solo tenía la obligación de no intervenir en la autonomía reproductiva. Por lo demás, se argumentó que la tutela no procedía para tratamientos de infertilidad, porque en estos casos la vida no corre peligro, como sí ocurre con un trasplante urgente de corazón. Se lee el derecho a la vida como mera existencia, o lo contrario a la muerte, por lo que recordamos que Arango (2016) define las “libertades negativas” del sistema jurídico, como aquellas obligaciones que limitan la actuación del poder público a no intervenir en las decisiones personales.

Según lo anterior, podemos creer que el derecho a la reproducción solo es posible en las personas que biológicamente son aptas para procrearse, discriminando a las que naturalmente les resulta imposible. Es decir, en este momento los DDDR no activan el poder público, desconociendo la igualdad, por lo que no podemos concebirles como dispositivos que gestionan la vida. Atendiendo a la pregunta jurídica del balance, sobre la garantía de recibir el tratamiento para la infertilidad, se tiene que:

(...) mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación –como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal–, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado (CConst, T-946/2002, C. Vargas).

Se dibuja claramente una postura que concibe la salud reproductiva exclusivamente como DESC, sin relación alguna con los DDDF; de igual forma, se concibe el derecho como unas normas estáticas, estrictas e inmodificables, independientes y sin relación. Otro argumento reiterado en esta primera etapa, para negar el tratamiento de FIV, cuando se solicitó pretendiendo conformar un núcleo familiar, fue que “para su alcance existe también otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece, como [es] el procedimiento de adopción” (CConst, T-946/2002, C. Vargas).

Contrario a la generalidad presente en esta etapa, que no tuteló la salud reproductiva, se presentaron excepciones: i) cuando se trató de un procedimiento de infertilidad ya iniciado, el cual es suspendido; ii) para un examen diagnóstico; iii) en casos en que la infertilidad es producto de otra enfermedad, la cual vulnerara la vida y la integridad personal.

También, en esta etapa se expusieron las subreglas constitucionales que posibilitaron, por vía de excepción, inaplicar las normas del POS para un caso en concreto, haciendo uso del control difuso de constitucionalidad, y logrando el tratamiento en salud reproductiva. Estas subreglas son las establecidas para acceder a cualquier tratamiento excluido del POS mediante tutela: i) estar afiliado a EPS que reclama la atención; ii) que se vulnere o amenace derecho fundamental como la vida; iii) que el tratamiento no tenga sustituto entre los contemplados en el POS; iv) que se ordene por profesional de EPS en que está afiliado el

paciente; v) no tener el modo económico de sufragar el tratamiento, ni poder acceder a este por ningún otro modo.

Como vemos, en esta primera etapa NO era posible acceder a un tratamiento contra la infertilidad por medio de la acción de tutela, bajo el argumento que la salud no es un derecho fundamental, ni la falta de reproducción afecta la vida, o la integridad de las personas. No obstante, procede por excepción, cuando se cumple con las subreglas establecidas. El Estado se limitaba a no intervenir en la autonomía de las personas, sin producir espacios de bienestar, ni utilizar un lenguaje prestacional o (dis)positivo, por lo que tampoco comprende la interrelación entre las diferentes generaciones de derechos.

3.2.2. Segunda etapa: la vida no se limita a existir

Esta segunda etapa solo involucra dos sentencias, y por su importancia, cada una se reseña profundamente a continuación. Se trata del tránsito jurisprudencial del NO hacia el SÍ dentro del balance constitucional; cabe anotar que dichas providencias, en vez de acoger su propio precedente, fundamentaron sus argumentos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), específicamente el *Caso Artavia Murillo (FIV) VS. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012. Se defendió una postura contraria a la contemplada en la primera etapa, definiendo diversamente la vida y la salud, interrelacionando las diferentes generaciones de derechos. Así, pareciera que el derecho a la vida deja de ser una mera existencia (*zoé*), para preocuparse por la forma en que se vive (*bios*); igualmente, el derecho a la salud se desarrolla desde un ámbito (dis)positivo, construyendo espacios del más alto bienestar general para todas las personas.

3.2.2.1. Sentencia T-528/2014

Con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, la sentencia T-528/2014 criticó cada uno de los argumentos que motivaron el NO en la primera etapa del balance constitucional, como vemos a continuación.

1) *El deber del Estado es abstenerse de intervenir en la autonomía y libertad reproductiva de cada persona.*

Contrario a la abstención que limitó el actuar del Estado en la primera etapa, en la postura de la T-528/2014, debido al derecho a la igualdad, el poder público tiene la obligación de lograr el goce efectivo de la reproducción, sin ninguna clase de discriminación; así, debe garantizarse la procreación no solo en personas que sean biológicamente aptas para hacerlo, sino en aquellas que lo desean disfrutar como proyecto de vida, sin importar si son infértiles. En palabras de la Corte Constitucional, se deben adoptar “las medidas positivas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar del más alto nivel posible de salud”, como ocurre con la FIV.

2) *No se vulnera ni se amenaza de forma grave la vida, la salud ni la integridad personal, cuando se niega un tratamiento de FIV.*

Dice la Magistrada Calle, que sí es posible vulnerar el derecho a la salud junto a la vida al no tratar la infertilidad, “cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja” (CConst, T-528/2014, M. Calle); entendemos que se define la vida y la salud de modo (dis)positivo, como un estado general de bienestar, junto a una forma de existir. Pareciera que la Corte Constitucional concibió el derecho a la vida como *bios* y no como *zoé*, lo que permite interpretarle, en términos foucaultianos, como dispositivo de control. Entonces, la misma sentencia argumentó que no brindar el tratamiento de FIV “puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas”, por lo que exhortó al poder público a practicar “acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida” (CConst, T-528/2014, M. Calle).

Como se evidencia, parece que se gestiona jurídicamente la vida mediante la salud pública, la sexualidad y la reproducción, lo que nos permite traer a colación el concepto de promedio de vida que desarrolla Canguilhem (1971), para entender que el poder público realiza cálculos con la esperanza de vida de los colombianos. También recordamos las

tecnologías de gobierno que, según Foucault (1999), miden las tasas de morbilidad, educación y trabajo, haciendo estimaciones demográficas, contabilizando y controlando el crecimiento de las riquezas. Se entiende que este pronunciamiento constitucional dispuso reglas sobre la vida y los placeres del cuerpo, determinando una verdad acerca del deseo y la familia.

Finalmente, evidenciamos que, ni la salud ni la vida pueden concebirse para la reproducción y la infertilidad desde la carencia, es decir, desde la ausencia de enfermedades y dolores. Por lo mismo, se han perfilado nuevas concepciones sobre el derecho a la vida y los DSDR, desde un ámbito (dis)positivo que produce un estado general de bienestar en todos los colombianos, ya que gozan plenamente de sus derechos.

3) *La salud no es un derecho fundamental, pues taxativamente se consagra como DESC; ¿es el derecho a la salud un derecho fundamental?*

Con la postura que desarrolla la Magistrada Calle en esta providencia, se presentó un derecho más dinámico, donde las diferentes generaciones de derechos son interdependientes y se interrelacionan; en este sentido, la salud no se limita a ser un DESC ajeno a la tutela, ni el derecho a la vida se agota con la prohibición de matar. Por el contrario, cualquier derecho fundamental necesita una parte prestacional para que se materialice realmente, según los proyectos de cada persona. De ninguna otra manera puede existir un goce efectivo de los DDDR, concibiendo la salud desde un aspecto más productivo, y no desde la carencia. Es así como la salud reproductiva adquiere también un nuevo matiz:

(...) la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (CConst, T-528/2014, M. Calle).

Cuando los derechos son interdependientes y se interrelacionan, los DSDR se configuran mediante DDDFF y DESC, por lo que podemos considerar que “el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia” (CConst, T-528/2014, M. Calle). Por lo anterior, esta sentencia se considera hito dentro de la presente línea, al hacer posible un cambio en el precedente, a partir de una fuerte crítica.

3.2.2.2. Sentencia T-274/2015

En esta tutela, el Magistrado Jorge Iván Palacio resolvió cuatro casos, y a ninguno se le negó el amparo constitucional. Por lo demás, los accionantes no solicitaron la protección de los DDDR, sino de la salud, la vida digna y la integridad personal. Para resolver cada uno de los casos contenidos en esta providencia, se adaptaron los mismos cinco requisitos que deben concurrir para inaplicar las normas del POS, ya expuestos en la primera etapa; pero en esta oportunidad, cada requisito se modificó atendiendo especialmente a la reproducción, argumentando que:

(...) tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica (CConst, T-274/2015, J. Palacio).

En esta oportunidad, los derechos fundamentales a la vida y la salud dejaron de concebirse desde la carencia, para relacionarse con la libertad, la igualdad y la dignidad humana; por lo mismo, se entiende que la tutela procede para garantizar la fertilidad de toda persona, mientras la salud se reconoce como un derecho fundamental necesario en el

desarrollo de cualquier forma de vida en óptimas condiciones de bienestar. Las palabras de la Corte Constitucional pueden interpretarse en relación al término foucaultiano de gubernamentalidad, para considerar que se gobierna la población colombiana estimulando la tasa de natalidad, dirigiendo los flujos de la población hacia el mayor grado posible de salud, y considerando el aumento de las riquezas junto a la seguridad social.

Se concedió el amparo a los cuatro casos estudiados, teniendo en cuenta que los accionantes debieron colaborar con el costo del tratamiento, según las capacidades económicas de cada quien, y sin vulnerar el mínimo vital. Recogiendo los derechos que se exponen como intrínsecos a los DDDR, tenemos por un lado, “la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento” (CConst, T-274/2015, J. Palacio); y por el otro lado, el acceso a los servicios de salud reproductiva, como “tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y acceso a información y métodos de anticoncepción” (CConst, T-274/2015, J. Palacio).

Al diferenciar entre la autodeterminación para elegir libremente cuántos hijos tener, y los servicios de salud reproductiva, recordamos que, según Arango (2016), “se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención” (p. 110), a un lenguaje sobre el “actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas” (Arango, 2016, p. 111). Asimismo, en esta providencia se reconocieron para los DDSS, una parte negativa donde se incluyeron “la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros” (CConst, T-274/2015, J. Palacio), y otra positiva que abarcó “el acceso a servicios de salud sexual”. De este modo, también vinculamos el concepto de dispositivo foucaultiano, e interpretamos dichas libertades sexuales y reproductivas, junto al mayor grado de bienestar que produce la salud, como estrategias que gestionan el placer, la reproducción, la familia y la vida.

Habría que decir con esta postura jurídica, que los derechos de libertad no solo se interrelacionan con los derechos prestacionales, sino que se necesitan mutuamente, cuando se proyectan desde los DSDR. Se considera que al afectar un derecho sexual o reproductivo, se vulneran más DDFF y DESC, desconociendo enteramente la Carta Superior; de igual modo, cuando se protege un derecho, los demás también son protegidos.

3.2.3. Tercera etapa: ¿cómo nombrar la vida?

Para este último momento, solo presentamos dos sentencias, radicalmente contrarias. Así, mientras evidenciamos con la primera etapa un claro SÍ, y con la segunda un rotundo NO, finalmente no hay seguridad sobre qué decisión tomar, ya que las sentencias a ubicar en el balance son totalmente opuestas. Por lo mismo, para terminar con esta línea jurisprudencial, cuestionamos el modo en que el Estado colombiano nombra el derecho a la vida, junto a la salud, la reproducción y la sexualidad.

La primera sentencia de esta última etapa, la T-375/2016 con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se ubica al extremo del SÍ. Es el caso de una persona con VIH que desea conformar un núcleo familiar, pero su enfermedad no solo le impide reproducirse de forma biológica o “natural”, sino que legalmente le prohíbe adoptar; así, el único modo que tiene para conformar una familia es mediante el procedimiento de FIV con lavado especial de esperma, al no ser infértil. Se solucionó el caso aplicando los cinco requisitos que deben concurrir para inaplicar las normas del POS, siguiendo los parámetros de la sentencia T-274/2015, y reconociendo que “los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos”. Se amparó el tratamiento de FIV al cumplirse con todos los requisitos, solicitando además al accionante un aporte económico, según las propias capacidades y sin vulnerar el mínimo vital.

El último caso del balance es la T-377/2018; con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, ocupa el extremo del NO. El SÍ que parecía posicionarse mediante las últimas tres sentencias, no solo se interrumpe, sino que es fuertemente criticado. Lo que apuntaba

hacia un sólido precedente constitucional para la FIV y los DDDR, pierde su fuerza y permite preguntarnos: ¿cómo la Corte Constitucional concibe el derecho a la vida?

Para no proceder con la tutela, como en la primera etapa de esta línea jurisprudencial, el pronunciamiento constitucional se sustentó en que la infertilidad no trae adversidades para la salud o la vida. Entendemos que vuelve a concebirse la salud de forma negativa, o desde la carencia, es decir, como la ausencia de dolores y malestares. Asimismo, la vida se define como mera existencia (*zoé*), y el derecho a la salud pierde su parte (dis)positiva, que gestiona las múltiples formas de vida (*bios*) junto a la dignidad humana, desarrollándole con el mayor grado posible de bienestar. Por lo demás, esta providencia final no se contentó con declarar su NO, sino que, como carga mayor, criticó la postura que venía desarrollándose desde la segunda etapa, argumentando que, al resolver el problema de la FIV mediante subreglas constitucionales, no se realizarían los debates públicos que deben darse al respecto.

La pregunta que surge con esta etapa final es: ¿qué precedente aplicar para un próximo caso con mismo escenario constitucional, cuando se presenta un sólido SÍ y un rotundo NO? Igualmente, esta cuestión nos permite problematizar el modo en que la Corte Constitucional concibe la vida, cuando se trata del placer y la reproducción, el deseo y la familia. Además, al no existir seguridad al respecto, pareciera graficarse un plano de batalla (Valencia, 1987) en constante construcción, donde se debate el derecho por el monopolio a conceptualizar qué es derecho (Bourdieu, 2000).

3.2.4. Derechos reproductivos, una batalla por la vida

Según la narrativa expuesta con la FIV y los DDDR, vemos que primero se interpretó el derecho a la vida como una mera existencia (*zoé*), para luego formularse desde su forma (*bios*); finalmente, se presenta una contradicción, por lo que no hay seguridad sobre cómo definir la vida constitucionalmente. Lo anterior podemos interpretarlo acorde a López (2011), y considerar que el significado concreto del derecho a la vida y la salud, cuando estudiamos la infertilidad, no existe realmente, ya que se presentan dos posturas diferentes en un mismo momento.

Por otro lado, creemos que resulta más acertado interpretar los resultados obtenidos como un mapa de combate, siguiendo los planteamientos de Valencia (1987). Entonces, lo que leemos con el balance constitucional no es el desarrollo óptimo que presenta un derecho fundamental a través de los años, sino el enfrentamiento entre diferentes posturas que luchan por el monopolio a definir el derecho (Bourdieu, 2000) a la vida, la salud, la sexualidad y la reproducción. En otras palabras, lo que percibimos con la anterior línea jurisprudencial no es una “cosa” que cambia con el tiempo, sino un campo en construcción y permanente conflicto, donde se define el presente, el pasado y el futuro de una población. De este modo, criticamos esa concepción donde los DDFF se desarrollan sin cuestionamientos, como si el cambio ocurriera por sí solo, sin la intervención de múltiples actores que ejecutan diversas estrategias, pujando por imponer sus intereses.

3.3. Igualdad, libertad y dignidad humana en los derechos sexuales y los derechos reproductivos

El objetivo de este apartado es analizar conjuntamente las dos líneas jurisprudenciales que hemos desarrollado sobre los DDSS y los DDRR; así, comenzamos estudiando el modo en que la Corte Constitucional concibe el derecho a la vida y la salud; luego, exponemos el alcance que las mismas sentencias imprimen a la libertad, la igualdad y la dignidad humana, disposiciones que se reconocen reiteradamente como derecho, principio y valor constitucional, en relación con los DSDR. Por último, volvemos a estudiar el derecho a la vida y la salud, esta vez desde la arquitectura del ESD, los DESC y los DDFF, recordando que, a partir del marco teórico, vinculamos los enunciados jurídicos sobre sexualidad, reproducción, vida y salud, a los sentidos que adquieren desde una perspectiva biopolítica.

3.3.1. El derecho a la vida desde los derechos sexuales y los derechos reproductivos, según la Corte Constitucional

Como vimos anteriormente en este capítulo, la Corte Constitucional entendió en la sentencia T-946/2002, que el disfrute de la salud reproductiva y sexual no puede

sobreponerse “al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado”; por lo que pareciera que el derecho a la vida se limitó a una mera existencia fisiológica, pudiéndose afectar únicamente mediante la muerte. Siguiendo con este pensamiento jurídico, se comprendió que la salud no era un derecho fundamental sino de segunda generación, o prestacional. Es así como la sentencia T-633/2010 aseguró que un tratamiento para la fertilidad no podía solicitarse mediante tutela, pues no era “necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal del solicitante”.

Contrario a lo anterior, la sentencia T-528/2014 argumentó que la salud “no se limita a no padecer ningún mal, sino [a] gozar del más alto nivel posible de salud”; como vemos, ya no se concibió el derecho a la salud desde la carencia de enfermedades o dolores, sino como “un estado de completo bienestar físico, mental y social” (CConst, T-528/2014, M. Calle). Debido a este otro concepto jurídico de salud, el derecho a la vida puede comprenderse desde su forma (*bios*) junto a la dignidad humana, y por lo tanto, su afectación debe analizarse desde la posibilidad de “interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social, el derecho a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia” (CConst, T-274/2015, J. Palacio).

Es decir que, con esta segunda postura jurídica, el derecho a la salud es un derecho fundamental y las diferentes generaciones de derechos humanos se interrelacionan entre sí; entonces, los derechos prestacionales resultan ser tan fundamentales como los de libertad, y los DDFD se garantizan mediante DESC. Así, el derecho a la vida no se vulnera únicamente con la muerte, sino que debe entenderse junto a la libertad, la igualdad y la dignidad humana, derechos fundamentales, valores y principios constitucionales que les protege y garantiza, haciendo real el goce efectivo de la justicia material.

3.3.1.1. Igualdad

Entre la línea jurisprudencial de los DDSS, la primera providencia que desarrolló la igualdad fue la T-629/2010, que le declaró como un principio y un derecho fundamental, con el poder de modificar jurídicamente la forma en que se definía la prostitución, volviéndole un oficio digno, sin su aspecto de “no deseable”. De este modo, los servicios sexuales se protegieron como a cualquier otro trabajo, junto a la libertad y la autonomía personal. Leemos que diferentes formas de existencia (*bios*) se hacen posibles en el sistema jurídico, cambiando el derecho a la vida que en un principio solo se concebía como una mera existencia (*zoé*).

Siguiendo con el mismo pensamiento, la sentencia T-736/2015, con ponencia de la Magistrada Gloria Ortiz, situó la prostitución en el marco del ESD, y obligó al poder público a adoptar las medidas necesarias para que quienes ejercen servicios sexuales, disfruten realmente de una igualdad material, sin discriminación. Por lo mismo, se les determinó como personas de especial protección, argumentando que la igualdad, además de derecho y principio, es un valor constitucional. Recordamos que desde el marco teórico, estas medidas que accionan al poder público para mitigar cualquier caso de desigualdad, configuran lo que denominamos derechos (dis)positivos: un espacio que gestiona las diversas formas de vivir en una población, junto al bienestar.

Según lo anterior, leemos que la igualdad tiene un lado positivo y otro negativo, lo que obliga no solo a no discriminar, sino que acciona al ESD para que equilibre aquellos casos en que la equidad se ha desbalanceado, como ocurre con la prostitución o la infertilidad. Pasando de los DDSS y la prostitución, a los DDDR y la FIV, la sentencia T-274/2015 desarrolla la igualdad en la reproducción de manera bastante sucinta, a través de tres aspectos, como podemos ver:

(...) (i) no se puede discriminar [a nadie] por la forma en que se reproduce, con quién y en qué frecuencia; (ii) el Estado debe promover la fertilidad, atendiendo especialmente a los que no pueden hacerlo por sus propios medios, para que la igualdad reproductiva sea real; (iii) las garantías de poderse reproducir se refuerzan especialmente cuando se trata de sujetos en debilidad manifiesta, o de especial protección.

Igual que con los DDSS y la prostitución, la igualdad en los DDRR tiene un lado negativo que se define por la no discriminación, y otro positivo que obliga al poder público a tomar las medidas necesarias para que la igualdad sea real. Existe una protección especial para los sujetos más vulnerados sexual y reproductivamente, como las personas infértiles que desean conformar familia, o quienes se prostituyen libremente, lo que nos permite traer a colación los derechos (dis)positivos, y el aparato teórico biopolítico que configuramos en el primer capítulo.

3.3.1.2. Libertad y autonomía

La sentencia T-594/2016 sobre los DDSS y la prostitución, con ponencia de la Magistrada Gloria Ortiz, argumentó que la libertad, como la igualdad, es un valor, un principio y un derecho fundamental, que se relaciona con la posibilidad personal de elegir el curso de la propia vida, sin ser discriminado y en igualdad de condiciones dignas; concepción que hace posible definir el derecho a la vida desde su forma; semejante al concepto de *bios* que formulamos desde el marco teórico con Agamben (2001).

Si la libertad como valor se consagra en el preámbulo y el artículo segundo de la Carta Superior; si como principio se reconoce debido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como derecho fundamental se encuentra entre varios artículos Superiores, como “el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), libertad de conciencia (art. 18), libertad de cultos (art. 19), libertad de expresión y de información (art. 20) y la prohibición de condena penal sin juicio (art. 28)” (CConst, T-594/2016, G. Ortiz).

Por parte de los DDRR, la ponencia de la Magistrada Victoria Calle, en la sentencia T-528/2014, dispuso que “el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia”.

Según lo anterior, los DSDR se vulneran cuando la autodeterminación sexual y las decisiones reproductivas no se desarrollan libremente, situación que percibimos no solo al

restringir la prostitución, sino cuando los servicios sexuales no se garantizan y protegen como cualquier trabajo. Igual, al no ofrecer la posibilidad de conformar familia mediante la FIV, se afecta la vida como proyecto, el desarrollo libre de las personas, y la decisión autónoma a reproducirse cuando se desea. Esta situación la interpretamos como el ejercicio político a través de la gestión de la existencia, en cuanto no se concibe el derecho a la vida como lo contrario a la muerte, o desde una mera existencia, sino desde una labor o una familia a conformar; es decir, desde su forma (*bios*).

3.3.1.3. Dignidad humana

Se concibe la dignidad humana constitucionalmente como valor, principio y derecho, según lo explicó la Magistrada Gloria Ortiz en la providencia T-594/2016. De este modo, no solo se prohíbe discriminar a una persona por su forma de vivir, en cuanto cada quien puede hacerlo según sus propias creencias (vivir como se quiere); además, se garantiza que todas las personas, sin excepción, gocen efectivamente de una vida en buenas condiciones (vivir bien); y finalmente, la dignidad humana protege la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física y moral de todas las personas (vivir sin humillaciones). Recogiendo lo anterior, comprendemos que el Estado se obliga a cumplir con la dignidad humana, situación que puede interpretarse desde el concepto de dispositivo foucaultiano, es decir, como una herramienta capaz de activar el sistema jurídico.

3.3.2. El derecho a la vida y la salud en el Estado social de derecho

La vida para el derecho puede ser simplemente lo contrario a la muerte, como también una experiencia junto a la libertad, en igualdad de condiciones. Esto podemos leerlo de dos formas; primero, recordando la división que hace Arango (2016) entre libertades negativas – que impiden al Estado entrometerse en las decisiones personales que conforman el proyecto de vida autónomo de cada individuo–, y derechos (dis)positivos –que activan al poder público para exigirle la garantía de los derechos–. Segundo, como un campo de batalla (Valencia, 1987) irreconciliable, donde se disputa el monopolio por definir qué es la vida para una población (Bourdieu, 2000).

De acuerdo con estas dos lecturas sobre el derecho a la vida, entendemos el derecho a la salud; primero, desde la carencia de enfermedades o dolencias, accesible mediante acción de tutela solo cuando hay posibilidad de muerte, al ser un derecho prestacional; segundo, desde la producción del mayor grado de bienestar, garantía que se activa por tutela, sin excepción, porque todos los derechos son interdependientes y se interrelacionan, para lograr el goce efectivo de los derechos, en el contexto de la dignidad humana.

Puesto que desarrollamos lo anterior en el contexto de los DSDR, podemos suponer que la sexualidad y la reproducción, en el ámbito jurídico, configuran libertades negativas y derechos prestacionales; escenario que interpretamos como la gestión de diferentes formas de existencia en una población, acorde al mercado globalizado.

3.4. Los derechos sexuales y los derechos reproductivos en nuestra investigación

Como a lo largo de este capítulo hemos vinculado parcialmente el marco teórico, en este apartado recogemos y relacionamos concretamente lo expuesto por la Corte Constitucional, y las principales categorías de análisis que definimos desde el inicio de esta investigación. De este modo, primero hacemos un vínculo entre la jurisprudencia y el derecho entendido como un campo de batalla (Valencia, 1987) donde se enfrentan múltiples actores por el monopolio a concebir el derecho a la vida; segundo, analizamos las líneas jurisprudenciales desde los planteamientos de Agamben (2001), Preciado (2002) y Foucault (1977) sobre biopolítica, además de la concepción que formulamos sobre el derecho público a través de Benjamin (1991), Bourdieu (1991) y Canguilhem (1971), determinando así el marco jurídico de esta investigación.

3.4.1. Batallas por el derecho a la vida

A través de la línea jurisprudencial sobre los DDSS, puede pensarse que el derecho público es el desarrollo tranquilo de unas normas que se modifican lentamente y de forma continua, puesto que se pasa en el balance constitucional, progresivamente, del extremo NO

a su opuesto SÍ. De este modo, es posible suponer que cualquier derecho en discusión es una “cosa” que se transforma a través del tiempo, acorde a la definición que Benjamin (1991) presenta de la violencia, como el cambio que produce una postura jurídica novedosa al establecerse; situación que retorna cada vez que un derecho nuevo se impone.

Por otro lado, la misma línea jurisprudencial puede interpretarse como un campo de batalla (Valencia, 1987) donde intervienen diferentes actores, los cuales pujan por sus intereses a través de múltiples estrategias, debatiéndose por el derecho a concebir qué es derecho (Bourdieu, 2000), espacio inacabado que se renueva constantemente, y nos permite intervenir en su construcción (Preciado, 2002).

Podemos interpretar cualquier línea jurisprudencial de estos dos modos, como el desarrollo con que se significa concretamente un principio abstracto, o como el mapa de un campo de batalla donde se debate qué es un derecho en cuestión. Por lo demás, estas dos posturas no solo configuran maneras distintas de concebir el derecho; llevan consigo el modo en que las personas se comportan ante el sistema jurídico. Para el primer caso, el derecho se define como un conjunto de normas abstractas que regulan las sociedades, por lo que a los sujetos solo les queda un papel pasivo, sin posibilidad de programar el derecho que se les impone; por el contrario, con la segunda postura, el derecho está constituido por relaciones de poder y sus actores participan del modo en que éste se define.

3.4.2. Marco jurídico, derechos sexuales y derechos reproductivos en el campo biopolítico

En el marco teórico de esta investigación se dio a entender el derecho como una experiencia subjetiva con tres características. Para comenzar, se trata de un campo diverso (Ariza, 2015), donde resisten múltiples conciencias jurídicas (Ewick y Silbey, 2001), contrario a una cosa unánime ajena a la sociedad; segundo, planteamos que el espacio del derecho es dinámico, y diferentes perspectivas entran en conflicto (Valencia, 1987); finalmente, consideramos que la victoria transitoria de una postura ordena el mundo, logrando una visión sobre qué es derecho y qué no (Bourdieu, 2000).

Teniendo en cuenta las anteriores características, leemos en la Corte Constitucional un carácter plural del derecho, no solo por las dinámicas presentes entre el SÍ y el NO, sino por los múltiples actores que participan en cada providencia, pujando a través de diversas estrategias jurídicas e intereses políticos, sociales y económicos, por cómo definir la reproducción, la vida, la salud y la sexualidad de los colombianos. Percibimos que el balance constitucional es móvil y conflictivo, por lo que se interpreta como el mapa de una batalla, “un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas” (Valencia, 1987, p. 48); así, se entiende que el lugar donde se sitúa cada sentencia en el balance, señala qué postura jurídica determina, en un momento dado, el monopolio a definir el derecho.

Cuando se niega un tratamiento de FIV, argumentando que nadie muere de infertilidad, pareciera que se concibe el derecho a la vida como *zoé*. Por otro lado, y acorde a una forma de vivir, *bios* podría ser el término para nombrar la vida que se expuso en la sentencia hito T-274/2015, que modificó las subreglas jurisprudenciales para inaplicar las normas del POS en casos de infertilidad, argumentando que el derecho a la vida resulta inseparable del libre desarrollo de la personalidad, la autonomía individual y la salud como un estado general de bienestar. Similarmente se puede interpretar el derecho a la vida que garantiza y protege el trabajo sexual a través de los DDSS, cuando no se basta con el mero hecho de existir, y se necesita la libertad de elegir oficio, una forma de ser y ganarse la vida, en condiciones dignas.

Al definirse la salud como un estado general de bienestar, y la vida como un proyecto a desarrollar libremente –puede ser conformar un núcleo familiar, o prostituirse–, se entiende que las decisiones de la Corte Constitucional, sobre los DSDR, despliegan “un poder que se ejerce positivamente sobre la vida, que procura administrarla, aumentarla, multiplicarla, ejercer sobre ella controles precisos y regulaciones generales” (Foucault, 1977, p. 98).

Sobre el problema de cómo interpretar los DSDR desde la Constitución Política de Colombia, tomándolos como DDFD o DESC; lo que se evidencia a través de este capítulo es que se impone una postura donde las diferentes generaciones de derechos no se excluyen, y

por lo mismo, a los DSDR le incumben tanto libertades negativas, como derechos prestacionales, donde unos y otros se interrelacionan y necesitan, pues son interdependientes. No se concibe la libertad de elegir con quién reproducirse o con quién sentir placer, si no se disfruta de una vida digna en igualdad de condiciones, y sin ningún tipo de discriminación, para un goce efectivo de los derechos. No se puede decidir con autonomía prestar servicios sexuales, o conformar un núcleo familiar, si no se presentan más oportunidades en la vida, trabajo, educación, vivienda y mínimo vital.

Para cerrar este capítulo, según Foucault (1999), desde el siglo XVIII la salud ocupa un lugar privilegiado en el ejercicio político a través de la gestión de la vida, al definirle como un factor económico útil para medir “el crecimiento de las riquezas y el de la población” (p. 333). De este modo, se interpretan los DSDR como un dispositivo foucaultiano, es decir, un espacio donde se forma la vida junto a las normas del Estado, midiendo la producción y organizando a los sujetos según placeres calculados, disponiendo la sexualidad y la reproducción de acuerdo a tasas demográficas e índices del mercado.

Capítulo 4

Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia

En este capítulo retomamos los planteamientos foucaultianos expuestos en los capítulos anteriores, para problematizar los DSDR en la actualidad colombiana. Entendemos el presente como un proceso histórico, por lo que primero nos enfocamos al desarrollo de los DSDR a través del tiempo, y luego nos acercamos al derecho vigente. Este capítulo está dividido en tres partes; primero, un recorrido de los DSDR antes del año 2014, momento en que surge la PNSDSDR; segundo, un análisis de la PNSDSDR; y finalmente, leemos dicho recorrido a la luz de nuestro marco teórico y jurídico.

4.1. Un recorrido a través de los derechos sexuales y los derechos reproductivos

Según la sentencia C-355/2006, el derecho a la vida, pilar de los DSDR, surgió en Colombia mediante el Acto Legislativo 3 de 1910, que reformó la Constitución de 1886, prohibiendo la pena de muerte, y exhortando “a las autoridades públicas a proteger la vida de los ciudadanos”. Leemos que dicha disposición definió la vida como lo contrario a la muerte, una mera existencia, que en derecho supone solo su protección: no matar. Hasta la Constitución Política de 1991, el derecho a la vida adquirió un matiz productivo debido a la dignidad humana, que garantiza a todas las personas la libertad de elegir una forma de vivir, sin dejar de gozar efectivamente de los derechos; de este modo, consideramos que, tal vez, resulta inoportuno hablar de DSDR en Colombia antes de 1991.

Ya que este apartado está dedicado al análisis de los DSDR, y como hemos evidenciado la importancia de la Constitución Política en su configuración, dividimos esta historia antes y después de 1991.

4.1.1. Antes de 1991: ¿sin dignidad humana, es posible la sexualidad?

Mientras estuvo vigente el Código Penal de 1890, el médico legista Leoncio Barreto definió el matrimonio como “un contrato contraído entre varón y mujer, con arreglo á las leyes eclesiásticas y civiles, con el objeto de formar una sociedad perpetua, para procrear hijos, educarlos, y ayudarse mutuamente” (Barreto en Montoya y Hernández, 2010, p. 221). En esta época se rechazaron, además de las relaciones que no eran entre “varón y mujer”, aquellas que no procreaban; por lo mismo, el aborto y la prostitución no solo eran pecado, sino delito, dado que la sexualidad se concebía únicamente en el marco de la reproducción familiar.

El Código Penal de 1890 tipificaba el adulterio, la seducción y hasta las palabras obscenas, “delitos de incontinencia” según el médico legista Barreto, es decir, “[...] aquellos á que dan lugar el desenfreno de las pasiones de la carne ó sea contra la honestidad y la castidad” (Barreto en Montoya y Hernández, 2010, p. 222). Similar contenido dispuso el Código Penal de 1936, que reguló el tema sexual en tres títulos (González, 2007), según se protegiera la moral pública, la libertad y el honor sexual, o la familia.

Con el Código Penal de 1980 hubo profundos cambios sociales y jurídicos, tanto a nivel nacional como en el escenario internacional. Morales (2011) recuerda que, desde los años sesenta en Colombia se implementaron políticas sobre SSR, con un criterio de servicio amigable y desconociendo la sexualidad como condición humana que se desarrolla dignamente. Mientras tanto, en el ámbito internacional no solo se presentaron conferencias, tratados o convenciones sobre DDHH que garantizaron la dignidad humana –como la CADH en 1969, el PIDESC en 1966, o la *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* en 1968–, haciendo resonar la libertad sexual y reproductiva en igualdad de condiciones, sino que se presentó “la loca década de los años sesentas, con su apuesta por el amor libre en contra de la guerra, las píldoras anticonceptivas y el surgimiento de una serie de movimientos sociales ligados, directa o indirectamente, a la cuestión sexual” (González, 2007, p. 59), con los subsecuentes efectos en el campo jurídico.

Recogiendo estos referentes, a continuación presentamos el desarrollo de los DSDR antes de 1991; o más exactamente, a falta de reconocer la dignidad humana, el modo en que se evidenció su ausencia. Iniciamos con el análisis del Código Penal de 1890; luego, se trata el Código Penal de 1936; para pasar al Código Penal que ordenó el Decreto 100 de 1980; y terminamos con el Código Penal de la Ley 599 de 2000, norma que se aplica en la actualidad y que contiene, igual que la Carta Superior, la dignidad humana como columna vertebral. Finalizado el desarrollo nacional, se hace un ligero sondeo del derecho internacional, al recordar que la dignidad humana, la libertad y la igualdad, DDFD en nuestra Constitución que configuran los DSDR, surgen primero como DDHH universales.

4.1.1.1. Familia, sexualidad y reproducción, una trinidad inseparable (1890–1938)

Con el Código Penal (Ley 19) de 1890, evidenciamos que no es posible hablar de DSDR, no solo porque no se concibió la dignidad humana en su articulado, sino porque cualquier acto sexual se vinculó necesariamente con la reproducción familiar, acorde al Estado católico que consagró la Constitución Política de 1886, según su Preámbulo, “en nombre de Dios, fuente de toda autoridad”. Por lo demás, resulta interesante resaltar que este Código Penal “no utilizaba la palabra *sexual*, pero a la medicina legal le correspondía atender cuestiones relacionadas con las buenas costumbres y algunos de sus asuntos versaban «sobre las personas de ordinario vivas en relación con los órganos sexuales»” (Montoya y Hernández, 2010, p. 221).

El Código Penal de 1890 dispuso los actos sexuales criminales y pecaminosos en dos partes, el Título VIII del Libro Segundo, sobre “Delitos contra la moralidad pública”, y el Título I del Libro Tercero, “Delitos contra los particulares”. En el primer grupo, el Capítulo I prohibía “las palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas” (Ley 19, 1890), como obras de teatro deshonestas. Esto continuará con el Código Penal de 1936, y finalmente desaparece con el Decreto 100 de 1980.

El Capítulo II, sobre la “alcahuetería”, consideraba como delito el hecho de “solicitar mujeres para que otros abusen de sus cuerpos, aunque sean prostitutas o corrompidas, y los

que para este acto proporcionen, a sabiendas, casa o auxilio” (Ley 19, 1890, art. 427). Se evidencia, por tanto, que en este periodo se prohibían las relaciones sexuales que solo servían al placer, y por lo mismo, entendemos que se desconocía la sexualidad como condición humana, limitándole a la reproducción familiar; contrario a la T-375/2016 que hace parte de nuestro marco jurídico, y donde se estableció que, aunque se relacionen, “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano”.

El Capítulo IV, sobre los “Bígamos y personas que se casan con impedimentos o sin las debidas formalidades”, criminalizó el hecho de contraer “nuevo matrimonio sabiendo que subsiste el que antes habían contraído” (Ley 19, 1890, art. 439); es decir, se protegía la familia entendida como la unión entre un hombre y una mujer. Como sabemos, en la actualidad ninguno de estos delitos existe.

Finalmente, para los “Delitos contra la moralidad pública”, consagraba el Código Penal de 1890 en su Capítulo V, siete artículos sobre los “Amancebamientos públicos”, donde nuevamente se protegía la familia entendida como la unión sagrada entre un hombre y una mujer. De este modo, el artículo 451 de la Ley 19 de 1890, disponía una pena de confinamiento a “las personas de diferente sexo que, sin ser casadas, hicieran vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa”.

Según lo expuesto, en este período solo era posible la sexualidad dentro de la reproducción familiar y el contrato de matrimonio, pues el delito de amancebamiento público se extinguía cuando los involucrados contraían matrimonio antes de acabar el juicio penal (Ley 19, 1980, art. 453). Asimismo, comprendemos que se “proclamaba un profundo repudio por el sexo no reproductivo, por los placeres «inútiles» y «estériles». Se confunde pecado y vicio. Una moral, obviamente, llena de miedos inclusive ante las meras imágenes del cuerpo humano desnudo” (González, 2007, p. 61). Por lo anterior, podemos suponer que en este momento se proscribía la prostitución, el aborto, la diversidad sexual, y la identidad transgénero.

Acabando con las conductas sexuales que configuraron delito contra la nación y la sociedad, la moralidad pública en el Código Penal de 1890, el Tercer libro en su Título I sobre los “delitos contra las personas”, dispuso el aborto, los raptos, las fuerzas y violencias, el adulterio, el estupro alevoso y la seducción. Específicamente, el Capítulo V consagró el “aborto”, señalando un castigo a la mujer que interrumpía voluntariamente su embarazo, como a la persona que proporcionaba los medios para lograrlo.

Acorde a lo anterior, resulta interesante que, en este periodo, la mujer de familia honrada y honesta que abortaba para “encubrir su fragilidad”, como suponía el artículo 642 del Código Penal de 1890, obtenía una rebaja en la pena. Asimismo, no existía abuso sexual cuando se realizaba sobre una mujer de dudosa reputación, aquella que no era virgen, tenía hijos por fuera del matrimonio, o era capaz de abortar, como lo señalaba el artículo 688 del Código Penal de 1890.

En esta medida, el derecho se preocupaba más por la vida moral de las personas, la forma en que desarrollaban su normalidad cotidiana, que por el hecho punible. Se tenía por ventajoso el matrimonio, contrario al amancebamiento, el concubinato, los hijos extramatrimoniales, o cualquier sexualidad que no incluyera reproducción familiar. En otras palabras, se entendía que “una mujer pública conocida también como “ramera” o “barragana”, era aquella que generaba escándalos públicos a causa de sus relaciones ilícitas, es decir, de sus relaciones sexuales con distintos hombres” (Cf. Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:884, en Montoya y Hernández, 2010, p. 226).

En resumen, para este periodo no podemos hablar de libertad sexual o autonomía reproductiva, ya que ninguna persona tenía el derecho a decidir voluntariamente cuándo o con quién tener relaciones sexuales, menos las mujeres, por tratarse de un mandamiento legal, moral y religioso que incumbía la reproducción familiar; en este punto, se resalta que las concubinas o las madres solteras, al estar por fuera del orden establecido, se tomaban como prostitutas (Sánchez, 1998). Por lo mismo, se penalizó la homosexualidad, los servicios sexuales y el amancebamiento público, lo que nos permite argumentar que en esta época se desconocieron los DSDR, como la dignidad humana.

4.1.1.2. ¿Y la sexualidad como condición humana? (1936–1981)

La Ley 95 de 1936 fue el Código Penal de Colombia desde el momento de su expedición hasta que el Decreto 100 de 1980 le derogó completamente. Sigue desconociéndose la autonomía sexual y reproductiva, por lo que no es posible distinguir la dignidad humana, ni los DSDR. Es muy semejante a la anterior etapa, donde se criminalizaban las palabras, gestos o imágenes de contenido sexual. Comienza a penalizarse la homosexualidad entre hombres. Tampoco se evidenció la igualdad de la mujer casada, ya que “en esa época, la mayoría de los doctrinantes no consideraban posible una violación carnal por parte del marido a la esposa, porque las relaciones sexuales forzadas eran un derecho del hombre que la mujer debería soportar” (González, 2007, p. 63). De este modo, la vida no podía concebirse de múltiples formas, sino que se limitaba al matrimonio entre un hombre y una mujer, para procrearse. Por lo mismo, la sexualidad seguía necesariamente vinculada a la reproducción familiar, situación que evidenciamos cuando la ley penal consideró que no había delito de violación carnal, o estupro, si el criminal y su víctima contraían matrimonio.

4.1.1.3. Un derecho sin dignidad humana (1980–2001)

El Código Penal que ordenó el Decreto 100 de 1980 fue el último que se configuró en el marco de la Constitución de 1886. Tampoco dispuso la dignidad humana, la libertad sexual o la autonomía reproductiva, vinculando necesariamente la sexualidad con la reproducción, y penalizando el aborto. Asimismo, aunque no presentó “delitos de incontinencia” como el adulterio, la seducción o la prostitución, siguió siendo un crimen la bigamia y el estupro, tipos penales que desaparecieron con la Ley 599 de 2000.

Contrario a la norma penal actual, que dispone en su primer artículo la dignidad humana, el Decreto 100 de 1980 determinó las “Normas rectoras de la Ley Penal colombiana” en sus primeros doce artículos, donde se dispuso: legalidad, hecho punible, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de analogía, igualdad ante la

ley, cosa juzgada, conocimiento de la ley, juez natural, función de la pena y de las medidas de seguridad. Así, se evidencia que en ningún apartado del Código Penal de 1980 hizo presencia la dignidad humana, necesaria para el desarrollo de los DSDR.

4.1.1.4. Dignidad humana para los delitos sexuales y reproductivos (2000– a la actualidad)

Es interesante que actualmente, acorde a la Carta Superior de 1991, el primer artículo del Código Penal (Ley 599, 2000), como del Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004), consagran la dignidad humana; sustancialmente, asegurando que “el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana” (Ley 599, 2000); y procesalmente, disponiendo que “los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana” (Ley 906, 2004). Además, es relevante para los DSDR la declaratoria de inexequibilidad del artículo 122 de la Ley 599/2000 sobre el aborto, que determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-355/2006, apoyándose en la dignidad humana. En la actualidad, esta norma sigue vigente.

4.1.2. Pasos hacia una dignidad de la humanidad (1991–2014)

Este periodo va desde la implementación de la Constitución de 1991, hasta el 2014 que surgió la PNSDSDR; se trata de un momento en que la dignidad humana conformó la columna vertebral del sistema jurídico colombiano. La transición a un nuevo modelo de derecho público, donde cualquier clase de discriminación quedó prohibida, garantizando el goce efectivo de los derechos. De este modo, el desarrollo de la sexualidad se concibió jurídicamente a través de DDFF, como la libertad y la igualdad, quebrando el vínculo necesario con la reproducción familiar.

Resulta relevante que doce años después de consagrarse la Carta Superior, en el 2003, surgió una política pública sobre salud sexual y reproductiva (SSR), que consideramos bastante alejada de los planteamientos internacionales y constitucionales. Asimismo, hasta el 2006 se despenalizó el aborto en tres casos por medio de la sentencia C-355, cambio profundo

en el desarrollo de la igualdad, la libertad y la dignidad humana, derechos, principios y valores que enmarcan los DSDR. Entonces, fragmentamos este apartado en dos: primero estudiamos la C-355/2006, para luego dedicarnos al análisis de la PNSSR.

4.1.2.1. Constitución Política, un primer paso para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (1991–2006)

Enfocamos este periodo a la C-355/2006, providencia constitucional que despenalizó el aborto para tres casos: (i) grave malformación del feto que haga inviable su vida; (ii) embarazo sin consentimiento, o por incesto; (iii) peligro para la vida o salud de la mujer embarazada. En esta sentencia se concibió la IVE como derecho fundamental, alcance jurídico interesante para los DSDR porque realmente produjo un cambio entre la sexualidad y la reproducción, situación que no se había logrado mediante las políticas de SSR que se formularon para jóvenes desde los años setenta (Morales, 2011).

Se entiende que no es posible la IVE, sin el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad de todas las personas, acorde a la Constitución Política de 1991. De este modo, aseguró la C-355/2006 que “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve”, más frente a la reproducción. De este modo, distinguimos una continuidad jurídica entre la Carta Superior y la sentencia C-355/2006.

Para despenalizar el aborto en los casos señalados, la Corte Constitucional sustentó su providencia mediante el derecho a la vida, contenida en el Preámbulo Superior, como en los artículos 2, 11, 44, 46 y 95. Debido a estas disposiciones, podemos interpretar el concepto jurídico de vida no solo como una mera existencia, *zoé* según Agamben (2011), sino como una forma que se desarrolla libremente, acorde a la autonomía de cada persona. Así, la C-355/2006 sustentó que “la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta”, situación que nos permite retomar el concepto de

bios (Agamben, 2011), e interpretar el derecho a la vida como la protección y garantía que brinda el poder público a las múltiples formas de experimentar la realidad, con salud, libertad, igualdad y dignidad humana.

La misma sentencia expuso a la dignidad humana como valor, principio y derecho fundamental en el sistema constitucional colombiano, de acuerdo con lo expuesto en el capítulo anterior. Como valor, sienta las bases del sistema jurídico, interpretando cualquier disposición normativa; siendo principio y derecho fundamental, garantiza a cada persona la posibilidad de vivir acorde a sus proyectos, en condiciones de bienestar y sin humillaciones, vinculando la autonomía individual que define la propia existencia y configura un determinado proyecto de vida. Lo explicó así la C-355/2006:

(...) integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.

Entendemos que la despenalización del aborto se fundamentó en el derecho a la vida, susceptible de interpretar mediante el concepto de *bios* (Agamben, 2011), una forma digna de experimentar la realidad, libre y en igualdad de condiciones. De este modo, resulta interesante que la C-355/2006 definió el alcance de la dignidad humana, considerando que “el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros”. Vinculando los conceptos de violencia de Benjamin (1991), la fuerza del derecho de Bourdieu (2000), y lo normal según Canguilhem (1971), es posible argumentar que el derecho toma por innato o eterno, lo que no es sino una construcción histórica, pasajera, cultural y reciente, situación que percibimos al suponer que la salud o la personalidad son bienes esenciales ligados a la naturaleza de los hombres.

Acorde a lo anterior, la C-355/2006 definió la dignidad junto al libre desarrollo y la autonomía individual, considerando que “es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana”. Entonces, comprendemos el derecho a la vida como una forma de ser, hacer, sentir y pensar, que no se agota en una mera existencia, sino que se determina en su propio desarrollo. En palabras de la Corte Constitucional: “la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad” (CConst, C-355/2006, J. Araújo y C. Vargas).

Para finalizar este apartado, señalamos que definir la IVE como derecho fundamental sigue trascendiendo profundamente en el sistema jurídico colombiano. Además, pareciera que antes del 2006, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyeron más una letra formal, y no una realidad material, cuando le examinamos desde los DSDR.

4.1.2.2. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (2003–2014)

La PNSSR estuvo vigente desde el año 2003 hasta el 2014, momento en que la PNSDSDR le actualizó. Este instrumento retomó el concepto de salud sexual y reproductiva de la Organización Mundial de la Salud (OMS), para establecer que la sexualidad y la reproducción se relacionan con la calidad de vida, ya que se trata de “un estado general de bienestar físico, mental y social (...) disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la posibilidad de ejercer el derecho a procrear o no, la libertad para decidir el número y espaciamiento de los hijos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 9).

Recordamos las sentencias T-528/2014 y T-274/2015, que definieron el derecho a la salud como un escenario que produce bienestar general, es decir, el mayor grado posible de salud. Así, este derecho no solo posibilita un trasplante urgente de hígado para evitar la muerte, sino que debe ofrecer tratamientos contra la infertilidad, problemas que impiden el

desarrollo satisfactorio de aquellas personas que proyectan como forma de vida la reproducción, y conformar una familia.

Según lo expuesto, podemos considerar que la PNSSR se ajustó a la actualidad constitucional de los DSDR en Colombia, más cuando su objetivo general supuso “mejorar la SSR y promover el ejercicio de los DS[D]R de toda la población” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 10). No obstante, el objetivo general de este instrumento especificó que su énfasis era “la reducción de los factores de vulnerabilidad y los comportamientos de riesgo” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 10), situación que consideramos como el desconocimiento de los individuos y sus DDFF, para favorecer un contexto poblacional, muy diferente a la propuesta de la Carta Superior.

La PNSSR se concentró en patologías sociales como la mortalidad materna, la planificación familiar, la SSR en la población adolescente, la violencia doméstica y sexual, el tratamiento de enfermedades como el cáncer de cuello uterino, o la atención de las ITS, VIH/Sida; no en la libertad sexual y reproductiva de cada persona, o generar el mayor grado de bienestar, especialmente en aquellos individuos que han sido discriminados social e históricamente, por diferentes factores.

Aunque la PNSSR dispuso como principio los *Derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos*, debemos entender que no desarrolló la libertad, la igualdad o la dignidad humana, el derecho a la vida acorde al desarrollo de un proyecto autónomo, sino que reconoció a los DSDR como “universales, intransferibles e inalienables” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 21). En otras palabras, no se desarrollaron los DDFF de un ESD. Asimismo, aunque el segundo principio de la PNSSR fue la *Equidad*, no se refiere a una igualdad materialmente real, en tanto el goce efectivo de los derechos para todas las personas, sin importar su inclinación sexual o identidad de género, sino que se enfocó a:

(...) la situación de desventaja que muestran los elementos del diagnóstico para los sectores de la población más pobre, de menor nivel de escolaridad, sin cobertura del SGSSS, habitantes de las zonas rurales, mujeres y, muy especialmente, para las personas en situación de desplazamiento o habitantes de las zonas en conflicto (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 21).

Recogiendo lo anterior, podemos afirmar que la PNSSR desconoció los DSDR, la igualdad, la libertad, la autonomía y la dignidad humana de cada persona, al orientarse sobre factores poblacionales. Así, consideramos que este instrumento no era acorde a la Constitución, al no cumplir con los lineamientos del ESD, que imponen la necesidad de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos (Arango, 2016).

En la misma línea argumentativa, Morales (2011) considera que en este periodo los jóvenes y las mujeres, como las personas homosexuales o transgénero, se reprimieron mediante cuatro tipos de poder: el ideológico, que señala y culpabiliza a quien no se identifica con el concepto establecido socialmente; el militar, que legitima el uso de la fuerza, para sancionar a los catalogados como enemigo; el económico, que excluye socialmente el deseo sexual que rompe con la hegemonía del consumo; y finalmente, el político, que controla los espacios públicos, donde “se debaten las leyes, se discuten las políticas y las decisiones de orden jurídico para la administración de justicia” (Morales, 2011, p. 14).

Leemos que en los planteamientos de Morales, como en la PNSSR, se desconoce la parte productiva del poder, considerando que solo reprime, golpea, excluye, sanciona, niega e impone. Semejante al derecho a la salud, cuando se limita a tratar enfermedades terminales, o el derecho a la vida como lo contrario de la muerte, se omite el modo en que se construye en cada individuo una existencia libre y autónoma, en igualdad de condiciones dignas, a partir de la justicia material que garantiza el goce efectivo de los derechos, definiendo la vida junto al mayor grado de bienestar, acorde al mercado globalizado. En este sentido, la concepción de poder, que reprime la sexualidad (Morales, 2011), es bastante limitada y desconoce su función como dispositivo, el cual afirma, gestiona, organiza, controla, nombra y clasifica la existencia, produciendo las prácticas sexuales necesarias dentro de una población. En otras palabras, Foucault (1977) recuerda que:

(...) en el tema general de que el poder reprime el sexo (...), encontramos la misma supuesta mecánica del poder. Se la define de un modo extrañamente limitativo (...) un poder pobre en

recursos, muy ahorrativo en sus procedimientos, monótono en sus tácticas, incapaz de invención y condenado a repetirse siempre (...) un poder que sólo tendría la fuerza del "no"; incapaz de producir nada, apto únicamente para trazar límites, sería en esencia una antienergía; en ello consistiría la paradoja de su eficacia; no poder nada, salvo lograr que su sometido nada pueda tampoco, excepto lo que le deja hacer (...) Todos los modos de dominación, de sumisión, de sujeción se reducirían en suma al efecto de obediencia (p. 61).

Resulta interesante que no solo es posible interpretar la investigación de Morales desde un enfoque de libertades negativas (Arango, 2016), sino que la PNSSR le acompaña con su perspectiva de salud, lo que permite diferenciar esta época de la actualidad, donde se utiliza un lenguaje de derechos sociales, prestacionales y (dis)positivos, debido al ESD. Así, contrario a “la lógica del preventivismo (...) como solución a una sociedad en crisis, bajo el predominio de la ideología católica” (Morales, 2011, p. 25), el enfoque positivista que determinamos para el presente, en el contexto de los DSDR, se sustenta sobre la pluralidad, no solo sexual y reproductiva, sino religiosa, política e ideológica, espacio de libertad, igualdad y dignidad que produce bienestar.

4.1.3. Derechos Humanos y Derecho Internacional Público

Según lo argumentado, en Colombia surgen los DSDR hasta la Constitución Política de 1991; no obstante, su reconocimiento internacional ocurre mucho antes. Cuando declaramos que la sexualidad y la reproducción se vinculan a la dignidad humana, la libertad, la autonomía y la igualdad, realmente no se postula algo nuevo, por el contrario, se trata de un proceso internacional de gran envergadura. Efectivamente, resulta pertinente que desde 1974, la OMS definió la sexualidad, no como un hecho natural, sino con relación a la forma de vivir:

(...) la sexualidad humana es un aspecto central del ser humano, que se encuentra presente a lo largo de su vida, y que abarca el sexo, las identidades, los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. La forma en que se vive, se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales, las cuales se pueden o no expresar todo el tiempo. Todo lo anterior

influido por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales (Huber, 2014, p. 140).

Entonces, aunque recientemente en Colombia se concibe la sexualidad como una condición humana que se desarrolla en un contexto de dignidad, salud y bienestar, responde en parte a un aparato jurídico existente desde mucho antes en el mundo globalizado. De este modo, Huber (2014) sitúa el origen de los DSDR en el año 1948, cuando surge la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y la Declaratoria Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumentos internacionales que consagran “una verdadera autodeterminación respecto al cuerpo, su salud y la autonomía para las diferentes decisiones, basados en la igualdad y la libertad, a partir de los cuales se les reconoce a los hombres la potestad inherente de la autodeterminación de sus proyectos vitales” (Huber, 2014, p. 133).

Además, muchos otros instrumentos se concibieron tempranamente en el escenario internacional, consagrando la dignidad humana, la libertad y la igualdad, como el PIDESC en 1966, la CADH en 1969, el PIDCP de 1976, y especialmente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Específicamente, sobre el tema que investigamos, “en el año de 1997 se llevó a cabo la Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia” (Huber, 2014, p. 139). De tal manera, se pueden rastrear los DSDR antes de la Carta Superior de 1991, si se dirige la mirada al ámbito internacional.

4.2. La sexualidad y la reproducción en el derecho público, Colombia 2020

Para comprender la actualidad de los DSDR, analizamos la PNSDSDR a través de nuestro marco teórico y jurídico. De este modo, es preciso recordar que los DSDR se configuraron mediante DDFD como la igualdad y la libertad, principios y valores que moldean la dignidad humana, como la columna vertebral de la Constitución. También, se entiende el derecho a la vida como un proyecto personal que se desarrolla con autonomía, alejándose de la mera existencia. Es así como el ESD tiene la doble obligación de proteger

la autonomía individual y garantizar el goce efectivo de los derechos, deberes que se materializan a través de libertades negativas y prestaciones positivas, DDF y DESC.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir de los posibles sentidos que adquieren los DSDR desde una concepción biopolítica (Foucault, 1999), se comprende el derecho a la vida como un espacio en conflicto (Valencia, 1987), donde se determina quién tiene el derecho al monopolio por nombrar, definir y determinar qué es la vida (Bourdieu, 2000). Además, debido a esta clasificación, las categorías de sexualidad y reproducción en el derecho público pueden concebirse como dispositivos foucaultianos.

Recogiendo lo expuesto, emergen dos lecturas para el análisis de la PNSDSDR; primero, vinculando la dignidad humana que dispone nuestra Constitución Política, para entender el derecho a la vida como un proyecto personal que se desarrolla libremente y en igualdad de condiciones, en el contexto del ESD, y el goce efectivo de los derechos; segundo, mediante una concepción biopolítica, leyéndola como un dispositivo foucaultiano que gestiona la vida, la sexualidad y la reproducción de los colombianos.

4.2.1. ¿Un dispositivo biopolítico? Derechos fundamentales, la sexualidad como condición humana en el Estado social de derecho

Encontramos que la PNSDSDR responde a los planteamientos de la Carta Superior, en cuanto desarrolla los DSDR junto a la dignidad humana, la libertad, la autonomía y la igualdad. Lo evidenciamos desde la *Introducción*, en la medida en que se problematizaron “las violencias basadas en género, las distintas formas de discriminación ligadas a la orientación sexual, la sexualidad y la reproducción de las personas con discapacidad de cualquier tipo, o en el conflicto armado” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 14). Además, en la parte de los *Antecedentes*, se recordó que en la *III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* (1994), los DDRR se definieron como DDHH, proscribiendo “expresiones como “*explosión demográfica*” y “*control de la natalidad*” (...) [en cuanto] resultan inadecuadas” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 25) para

la dignidad humana. Esto enseña que los valores, principios y derechos constitucionales, son importantes para la PNSDSDR:

(...) el desarrollo de la vida sexual y las decisiones sobre la reproducción, configuran los derechos sexuales y los derechos reproductivos, que como derechos humanos, están íntimamente relacionados con el ejercicio del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar, al desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, pensamiento y opinión, a formar una familia, a la atención en salud, a la educación, entre otros (p. 27).

Asimismo, esta política consideró en su *Marco Jurídico internacional y nacional*, la importancia de la Carta Superior por tres aspectos: primero, “el concepto de Estado Social de Derecho, mecanismo primordial para obtener la efectiva realización de los derechos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 29); segundo, el bloque de constitucionalidad, que interpreta el sistema jurídico interno mediante “los instrumentos de derecho internacional, ratificados por Colombia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 29) sobre DDHH; y finalmente, “las clásicas generaciones de derechos, a saber: fundamentales; sociales, económicos y culturales; colectivos y del ambiente” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 29). Como puede deducirse, de acuerdo con el marco jurídico de esta tesis, constantemente se presenta la dignidad humana, la libertad individual, la autonomía personal y la igualdad, tanto desde el ámbito internacional como en el derecho doméstico.

De modo similar ocurre con el *Marco conceptual* de la PNSDSDR, donde se definió el derecho a la salud como un derecho fundamental, aclarando que “no se refiere únicamente a la ausencia de enfermedades o dolencias, sino que alude al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 36). Es como en las sentencias T-528/2014 y T-274/2015 sobre la FIV, por las que definimos el derecho a la salud de manera (dis)positiva, no como una ausencia de enfermedades, sino como el desarrollo de un proyecto personal, construido libremente y en igualdad de condiciones, para que la dignidad humana sea realmente efectiva, “sin que sea aceptable la distinción o discriminación por edad, pertenencia étnica, sexo, orientación sexual o identidad

de género, religión, ideología política, situación económica, social o cualquier otra razón” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 36).

Cuando se promueven diferentes formas de vida en condiciones de igualdad, como advertimos con la PNSDSDR, entendemos que se pone en funcionamiento un dispositivo biopolítico, con la “capacidad de capturar, orientar, determinar, interpretar, moldear, controlar y asegurar” (Agamben, 2011, p. 257) una existencia preestablecida, en relación al mercado globalizado. Debido a que la vida no se limita a ser lo contrario de la muerte, sino que configura un proyecto personal que se desarrolla libremente, concebimos para los DSDR un campo de batalla (Valencia, 1987) donde múltiples posturas jurídicas (Ewick y Silbey, 2001) se enfrentan por definir qué formas de vida garantiza el derecho (Bourdieu, 2000).

En el momento en que el *Marco conceptual* comprendió la salud como un derecho fundamental, formuló el *Enfoque de derechos*, y consideró que la dignidad es un “requisito para el mejoramiento de la vida, el bienestar, el desarrollo, la paz y condición para el derecho a la vida humana, que para que sea humana ha de ser digna” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 38). De este modo, se enuncia el derecho a la vida acorde a la Carta Superior. Asimismo, el *Enfoque diferencial* estableció “la equidad e inclusión de los ciudadanos excluidos y privados de los derechos y libertades” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 41), vinculando nuevamente el derecho a la igualdad, que supone la existencia de una población diversa, plural y democrática. Entonces, es preciso recordar que la igualdad en el sistema constitucional se configura como valor, principio y derecho fundamental, por lo que proscribiera cualquier tipo de discriminación, y obliga al poder público a tomar medidas (dis)positivas que garanticen el goce efectivo de los derechos.

Entre los *Principios* de la PNSDSDR, se dispuso la *Sexualidad como condición humana*, conforme al marco constitucional, al considerar que la sexualidad no incumbe únicamente a la biología, sino a la cultura, la sociedad, la economía y la política. De esta forma, el poder público “debe propiciar, facilitar y proveer las condiciones necesarias y favorables para el disfrute de la sexualidad, el libre y responsable ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, 2014,

p. 49). Se evidencia que no solo se protegen DDDFF, sino que se garantiza su disfrute mediante la ejecución de programas sociales.

Otro principio de la PNSDSDR, *Igualdad y equidad*, consagró “la aceptación de la condición humana, donde todas las personas al mismo tiempo son iguales, únicas y diversas, es decir, iguales en la diferencia” (p. 49). Volvemos al artículo 13 Superior, para entender la diversidad social mediante un espacio de igualdad jurídica, donde toda discriminación queda prohibida, salvo que sea para restablecer situaciones donde el equilibrio social se ha quebrado, como debe ser con los sujetos de especial protección. Entonces, nuevamente concebimos un espacio constitucional de diversidad, pluralidad y conflicto, donde se debate cómo gestionar las formas de vida para una población.

Diferenciación entre sexualidad y reproducción es otro principio de la PNSDSDR. Recordamos que en la sentencia T-375/2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Mendoza, se estableció que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”, aunque se encuentran “indudablemente relacionados, dado que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgo de embarazos no deseados” (CConst, T-375/2016, G. Mendoza), pues la PNSDSDR dispuso que “la sexualidad y la reproducción son dos realidades y conceptos que aunque están muy ligados representan dos ámbitos diferentes en la vida humana, por lo tanto, los derechos sexuales son independientes de los reproductivos” (p. 50).

Consideramos que es acorde a la Constitución política, ya que se hace referencia a la libertad personal que tiene cada persona para elegir la forma de vida que desea, sin represión, humillaciones o rechazo. Del mismo modo ocurre cuando se cree que la libertad posibilita la participación plural, la diversidad e igualdad, a través de una vida que se entiende más allá de simplemente existir. Siguiendo con la anterior línea argumentativa, el principio de *Libertad sexual y libertad reproductiva* “afirma la independencia entre sexualidad y reproducción, desde la autodeterminación sexual y la autodeterminación reproductiva, cuyo

núcleo de realización es la anticoncepción y cuya expresión más formal es el respeto a la dignidad humana” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 50).

También se nota la influencia de la Carta Superior en la *Visión*, que al presentar los resultados esperados, consideró que para el 2021 “la población colombiana habrá avanzado en el reconocimiento y efectiva realización de los derechos sexuales y los derechos reproductivos como derechos humanos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 54). Pareciera proyectarse una sociedad con mayor cobertura del poder público en la protección, ejercicio, promoción y garantía de los DSDR, posibles mediante la libertad, igualdad, autonomía, y demás DDFF, principios y valores constitucionales que recrean la dignidad humana de un ESD.

Cuando el *Alcance* demandó llegar a cada colombiano, estableciendo continuamente pequeños “contactos, conexiones, coordinaciones, alianzas y sinergias pertinentes” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 58), recordamos el concepto de dispositivo foucaultiano, para considerar la PNSDSDR como un panóptico, espacio donde se ordena una forma de vida para una población. Según Deleuze (1987), retomando a Foucault⁴:

La fórmula abstracta del Panoptismo ya no es, pues, «ver sin ser visto», sino *imponer una conducta cualquiera a una multiplicidad humana cualquiera*. Solo es necesario que la multiplicidad considerada sea reducida, incluida en un espacio restringido, y que la imposición de una conducta se realice por distribución en el espacio, ordenación y seriación en el tiempo, composición en el espacio-tiempo (p. 60).

La misma interpretación podemos hacer con los *Objetivos y Acciones*, pues el fin principal de la PNSDSDR es que la sexualidad y la reproducción se vivan de una forma determinada, acorde a la Constitución, programando lugares de salud, imaginarios de

⁴ Para Deleuze (1987), Foucault define el panóptico unas veces concretamente, como una estructura arquitectónica que caracteriza a la prisión, donde un vigilante, al ubicarse en una torre central, “puede verlo todo sin ser visto” (p. 58); no obstante, otras veces lo determina abstractamente, como el conjunto de estrategias que se ponen en práctica con el objeto de imponer una conducta a una población, organizando actividades en un tiempo estricto, semejante al reglamento que vimos en el Capítulo 1, para la Casa de jóvenes delincuentes de París.

bienestar, pensamientos de libertad, y acciones equitativas junto a la justicia social. De este modo, leemos la PNSDSDR como un escenario donde se establecieron fórmulas “para el desarrollo de relaciones, muy especialmente de las afectivas, emocionales, eróticas, propositivas, solidarias y de convivencia” (p. 87). Se impone una forma de vivir, no por la fuerza o la represión, sino libremente, gestionando el placer, en un ambiente de bienestar y satisfacción.

Como parte de las *Estrategias* de la PNSDSDR, se consagró la *Gestión de conocimiento*, donde se propuso para el sector salud “la necesidad de registrar y explicar la ocurrencia de eventos, procesos, causalidades e impactos, de donde se desprenden varias formas de producir conocimiento intencional” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 90). Se trata de un conocimiento sobre la sexualidad y la reproducción de los colombianos, información organizada acerca de su SSR. Por esto, consideramos importante vincular nuevamente el concepto de panoptismo, y recordar que la vigilancia no solo se ejerce mediante unos ojos atentos que patrullan, sino a través de los registros, anotaciones, encuestas o exámenes que perduran en el tiempo, instrumentos que son también medios de conocimiento.

De este modo, valga aclarar que para el panoptismo es importante educar los cuerpos, “codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de anotaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza” (Foucault, 1975, p. 233); acorde a los reglamentos que disponen una cotidianidad en la Casa de jóvenes delincuentes de París, donde se organizan las horas de estudio, trabajo y comida, lo contrario al caso de Damiens, que destruye brazos y mutila cabezas, se dejan atrás los suplicios y se establece un empleo del tiempo (Foucault, 1975). Asimismo, resulta interesante que la PNSDSDR consideró necesario la existencia de un “registro permanente y consistente de datos sobre la realidad, su agregación, depuración y análisis a través de marcos metodológicos estructurados y estandarizados, lo cual se reconoce como sistemas de información” (p. 90), para la sexualidad y la reproducción de los colombianos.

Siguiendo con lo anterior, los *Componentes y temáticas de especial interés*, definieron la necesidad de reconocer en todos los colombianos, una sexualidad y reproducción que se ejerza con “libertad, igualdad, autonomía, privacidad y dignidad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 60). Entonces, el impacto que se proyectó con esta política no solo fue jurídico, en tanto consideró parte de su objetivo general, “la transformación de los lugares, conceptos e imaginarios desde donde se piensa y vive la sexualidad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 66). Se concibe una forma de existencia para una población, libre y placentera.

Como se ha visto, la PNSDSDR se ajusta a los planteamientos de la Carta Superior, proponiendo la sexualidad y la reproducción en el marco de la dignidad humana, que se desarrolla con libertad y autonomía, en igualdad de condiciones, sin discriminación ni humillación, postulados que configuran el ESD. Por lo mismo, resulta acorde al desarrollo de los DDHH en el ámbito internacional; además, al definir la libertad junto a la autonomía individual y la dignidad humana, determinamos que la vida se convierte en una forma que se desarrolla autónomamente, es decir en *bios* (Agamben, 2011). Cuando la vida deja de ser lo contrario a la muerte, junto a la democracia y el derecho fundamental a la participación, concebimos un espacio en conflicto, donde diferentes posturas jurídicas discuten por cómo definir el derecho a la vida.

También entendemos que la PNSDSDR tiene una perspectiva demográfica semejante a la PNSSR, evidente en su *Enfoque poblacional*, que se enmarca en los parámetros de la OMS, al disponer que la justicia social:

(...) afecta la forma como las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, así como su probabilidad de enfermar o morir, por lo cual el desarrollo de una sociedad puede medirse por la calidad del estado de salud de su población, por la manera como se distribuyen los problemas de salud a lo largo del espectro social y por el grado de protección que otorga y gozan las personas enfermas (p. 45)

Interpretamos el *Enfoque poblacional*, retomando el concepto de promedio de vida de Canguilhem (1971), una “acción que el hombre, considerado colectivamente, ejerce sobre

sí mismo” (p. 121). De este modo, entendemos que problematizar “la forma como las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, así como su probabilidad de enfermar o morir” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 45), no es diferente a formular “la muerte como un fenómeno social, estimando que la edad en la que ésta se produce es en gran parte el resultado de las condiciones de trabajo e higiene, de la atención a la fatiga y a las enfermedades” (Canguilhem, 1971, p. 121). Para complementar, este enfoque puede leerse desde el concepto de gubernamentalidad (Foucault, 2007), y suponer que la PNSDSDR tiene como objeto “mejorar el destino de las poblaciones, aumentar las riquezas, la duración de su vida, [y] su salud” (p. 209).

Por lo demás, el enfoque poblacional de la PNSDSDR también se evidencia en los *Antecedentes*, al desarrollar el *Contexto epidemiológico*, donde se expusieron “indicadores tradicionales sobre salud sexual y salud reproductiva (...) durante el periodo 2003 a 2013” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 31). Se trata de estadísticas sobre fecundidad y enfermedades de transmisión sexual, además de planificación familiar, lo que interpretamos como factores económicos que sustentan estudios sobre la población, indicadores de salud, sexualidad y reproducción, en relación con las dinámicas del mercado; acorde a esto, la PNSDSDR afirma “que en el país existe una relación directa entre el aumento de la tasa de fecundidad y el bajo nivel de los indicadores de desarrollo social” (p. 31).

En fin, lo que notamos son tasas, indicadores, estudios, cifras, y datos sobre la salud, la sexualidad, la reproducción y la vida de los colombianos, información que en esta investigación entendemos, desde una perspectiva biopolítica, como un cálculo demográfico donde se determinan las formas de vida, las mercancías a producir y consumir, el bienestar, la muerte y las riquezas (Foucault, 1999).

4.2.2. PNSDSDR, dignidad humana como forma de vida

La lectura que acabamos de presentar, nos permite explorar una visión de vida que no se limita a una mera existencia (Agamben, 2011); sino a una forma que se desarrolla

libremente, con autonomía e igualdad de condiciones para todos, pues la dignidad humana funda su columna vertebral. Por lo mismo, vemos que es posible entender esta política como un correlato del ESD, en cuanto garantiza el goce efectivo de los derechos, deberes que se materializan a través de libertades negativas y prestaciones positivas, DDF y DESC. Así, cuando se dispone la sexualidad como condición humana, percibimos espacios de bienestar general que recrean el mayor grado posible de salud. Contrario a la PNSSR, la PNSDSDR se ajusta a la Carta Superior.

Entonces, por concebir la vida desde su forma, *bios* para Agamben (2011), como al disponer medidas (dis)positivas para el goce efectivo de los derechos, o al consagrar la libertad y la dignidad humana, la autonomía de cada persona para elegir la vida que desea; consideramos que es posible entender la PNSDSDR como un espacio en conflicto donde se define qué es la vida para una población, en este caso la colombiana, evaluando la sexualidad y la reproducción de cada persona, según el crecimiento de las riquezas, un cálculo demográfico donde se mide también la salud, la muerte y el trabajo, semejante al promedio de vida (Canguilhem, 1971).

4.3. Por una arqueología de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en Colombia

Según lo expuesto en este capítulo, argumentamos que antes de 1991 no era posible concebir los DSDR, porque el sistema jurídico desconocía la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Por lo mismo, no se reconocieron derechos a las personas con género diverso al establecido socialmente como norma, penalizando las relaciones homosexuales entre hombres, y discriminando cualquier convivencia por fuera del matrimonio, como el concubinato o el amancebamiento público, al contrariar la concepción de familia, erigida por

la moral y “en nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad”, según la Constitución Política de 1886. Por lo mismo, se proscribió el aborto y la prostitución, al tiempo que las mujeres fueron sometidas jurídicamente a la voluntad del marido y al contrato de matrimonio.

Con el paso del tiempo las concepciones cambiaron, se aceptó el aborto y se renombró como IVE, la prostitución dejó de entenderse como el comercio de la genitalidad, para convertirse en servicios sexuales, y el amancebamiento público se hizo unión marital de hecho, situaciones protegidas por el derecho constitucional actual. Jurídicamente, la sexualidad se entendió aparte de la reproducción, y cada persona fue libre de elegir el desarrollo de su vida, cómo sentir placer, o con qué frecuencia procrearse. En este proceso tuvo vital importancia la Constitución Política de 1991, que consagró la dignidad humana mediante la libertad, la autonomía y la igualdad de cada individuo. Finalmente, acorde al ESD, la PNSDSDR desarrolla el goce efectivo de los derechos para todos los colombianos.

Entendemos el cambio histórico que introdujo los DSDR en Colombia acorde a lo expuesto por Arango (2016), cuando considera que “se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención” (p. 110), que reconocemos en las luchas por despenalizar el aborto, o cuando grupos con identidad de género o sexualidad diversa pelearon por sus derechos; a un lenguaje de prestaciones públicas y sociales, donde el ESD tiene la obligación de “actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas” (Arango, 2016, p. 111), y que se percibe cuando se regula la IVE, la FIV, o los servicios sexuales junto a la salud pública. Entonces, mediante la arqueología de los DSDR, distinguimos un cambio en el lenguaje del derecho público, que pasa de un modelo concebido desde la carencia, a otro (dis)positivo que gestiona diversas formas de vida.

Contrario al lenguaje negativo que excluye, discrimina o reprime, el derecho público interviene actualmente la vida de las personas mediante una salud incluyente que no desconoce a ninguna persona, creando espacios de bienestar general que comprendemos como indicadores sobre la riqueza (pobreza) de una población, recordando que “el cuerpo humano entra de nuevo en un mercado económico desde el momento en que es susceptible

de salud o enfermedad, de bienestar o de malestar, de alegría o de sufrimiento” (Foucault, 1999, p. 357).

Mediante el concepto de dispositivo foucaultiano, no comprendemos el cambio de los DSDR como un progreso natural, sino como la instauración de diferentes posturas jurídicas, que se imponen por un lapso en un espacio conflictivo. Así, recordamos la forma en que interpretamos la sentencia T-377/2018, que en el desarrollo de nuestro marco jurídico nos permitió criticar el concepto de López Medina (2011) sobre línea jurisprudencial, para definirle como un campo en construcción y permanente conflicto, contrario al significado concreto de un derecho fundamental abstracto, que regula la sociedad de manera imperturbable. Entonces, que la prostitución deje de ser el comercio del cuerpo, para convertirse en servicios sexuales, o el amancebamiento público se entienda como unión marital de hecho, define una sexualidad sin reproducción familiar, que hace posible la IVE y la FIV, como ocurre actualmente; situación que interpretamos como el resultado de una batalla por el monopolio a definir qué es la vida.

También podemos realizar un análisis a la luz del capitalismo, lo que denominamos la historia universal de los DSDR. Entonces, leemos que el derecho público actual en Colombia, cuando se enfoca a la sexualidad y la reproducción, construye un sujeto económico, en relación al bienestar, la dignidad y la integridad personal; de este modo, el cuerpo de los individuos accede más fácilmente al mercado, a los cálculos económicos, y permite moderar las conductas personales en el marco de un gobierno sin sobresaltos, controlando no solo la producción de bienes y servicios, sino a los consumidores. Por otro lado, entendemos que el sistema jurídico está en constante construcción, por lo que cada persona –siempre y cuando considere que el juego “merece ser jugado, vale la pena” (Bourdieu, 1991)– puede intervenir.

Creemos, para cerrar, que consagrar la libertad sexual y reproductiva en igualdad de condiciones dignas para todas las personas sin discriminación, cuando a través del tiempo diversos grupos han sido marginados, apartados del derecho, no responde tanto al reconocimiento de la diferencia, sino a la normalización de lo distinto. Suponemos que

aquello que era inicialmente extraño al derecho –prostitución, IVE, FIV–, termina por definirle, adaptándose al cambio, y blindando a más personas con DDFF, una vida que necesita desarrollarse junto a la dignidad humana.

Conclusiones

El derecho constitucional de los derechos fundamentales, debe tener pues, como preocupación central la vida.

Diego López Medina – *El derecho de los jueces*

A lo largo de esta investigación sobre los DSDR, advertimos una tensión en el cómo definir el derecho a la vida. Desde la presentación de nuestro marco teórico, significamos jurídicamente la vida junto a la dignidad humana, no como una mera existencia; sino como un proyecto individual que se desarrolla libremente y en igualdad de condiciones, disfrutando efectivamente de la justicia material. En otras palabras, concebimos la vida en el poder público colombiano, como “la garantía de unas condiciones mínimas –o puntos de partida esenciales– que permitan el desarrollo de una vida digna, plena en el ejercicio de derechos y en condiciones de bienestar para todos los colombianos” (CConst, T-622/2016, J. Palacio).

En el marco del ESD, definimos la vida (dis)positivamente a través de los derechos prestacionales, mínimo vital, vivienda, educación, trabajo y salud, el mayor grado posible de bienestar. Interpretamos el derecho a la vida a través de los planteamientos de Agamben (2001), para diferenciar una forma de vida (*bios*), de una mera existencia (*zoé*). Entonces, expusimos el derecho a la vida desde dos posturas; primero, como lo contrario a la muerte, que se traduce en no matar; y segundo, como una forma que se desarrolla libremente, en igualdad de condiciones, realizando la dignidad humana.

Advertimos que el derecho a la vida aparece en el poder público colombiano desde la prohibición, no matar; y luego se preocupa por las diferentes formas de vivir dignamente. Asimismo, leímos la concepción actual sobre el derecho a la vida, como un dispositivo que gestiona la existencia de una población, siguiendo los cambios económicos de la globalización, cálculos demográficos que incumben no solo DDFF en el derecho doméstico, sino DDHH para el derecho internacional público, como lo demuestra la *III Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*. Acorde a lo anterior, consideramos que en Colombia, “la vida aparece originariamente en el derecho tan solo como la contrapartida de

un poder que amenaza con la muerte” (Agamben, 2001, p. 14), para luego ser “reemplazado por el poder de hacer vivir” (Foucault, 1977, p. 99).

Sin perjuicio de lo expuesto, en el marco teórico definimos el derecho como un campo de batalla (Valencia, 1987) donde se debate el monopolio por nombrar y significar la vida (Bourdieu, 2000) para una población; contrario a una cosa que regula la sociedad cómodamente, o un acuerdo de voluntades. Con Walter Benjamin (1991) argumentamos que la violencia, desde el ejercicio del derecho, radica en su capacidad de gestionar la vida y la muerte, organizando lo que es justo. Para continuar, con Canguilhem (1971) expusimos el concepto de promedio de vida, para determinar los cálculos demográficos que examinan la mortalidad y la natalidad en una sociedad, produciendo juicios de valor y normas sobre la vida. En otras palabras, indagamos una y otra vez el concepto de vida.

En el tercer capítulo, analizamos sentencias constitucionales sobre DDSS y trabajo sexual, además de FIV y DDDR, rastreando cómo la Corte Constitucional formula un discurso sobre la vida, la salud, la sexualidad y la reproducción. Con este ejercicio, nos preguntamos si era posible comprender el derecho público como un dispositivo foucaultiano (1999), instrumento que distribuye la vida y los placeres del cuerpo, interviniendo en la regulación de los enunciados de verdad, saber y poder.

Advertimos que, cuando se prohíbe la prostitución, justificando que se trata de un comercio indigno de negociación con el cuerpo, se configura una forma de vida, desde el derecho público, donde la sexualidad se relaciona con la reproducción familiar y no con el placer. Mediante la dignidad humana, la Magistrada Gloria Ortiz planteó el derecho a “vivir como se quiere”, “vivir bien”, y “vivir sin humillaciones” (T-594/2016). Asimismo lo sugirió el Magistrado Juan Carlos Henao en la sentencia T-629/2010, cuando argumentó que los trabajadores sexuales deben gozar de todas las protecciones y garantías constitucionales.

El derecho a la vida obliga al poder público a garantizar el goce efectivo de los derechos, sin discriminación, salvo que sea para impulsar situaciones en que la igualdad se ha quebrantado. Interpretamos las diferentes formas de concebir la vida, como un espacio de

batalla donde posiblemente se debate qué es el derecho, clasificando el bien y el mal, lo justo e injusto, la vida y la muerte; en otras palabras, entendimos que la existencia de una población se acomoda a una definición jurídica, y de esta manera nos topamos con un conflicto alrededor del derecho a la vida.

Evidenciamos la misma tensión con los DRRR y la FIV, cuando enfrentamos dos conceptos acerca de la vida y la salud; de este modo, expusimos un grupo de sentencias que negaron el tratamiento de FIV, argumentando que la infertilidad no afecta el derecho a la salud, ni a la vida, en cuanto no produce la muerte, contrario a un trasplante urgente de corazón. Interpretamos esta postura jurídica desde la carencia, donde se limita la vida a una mera existencia, *zoé* según Agamben (2011). Igualmente, en esta oportunidad, el derecho a la vida, solo se hizo notar en su prohibición: no matar, semejante a las libertades negativas o de abstención (Arango, 2016).

Por otro lado, tenemos la postura que concedió la FIV mediante la acción de tutela, sentencias T-528/2014 y T-274/2015, donde se consideró que sí se afecta el derecho a la vida y la salud cuando se niega un procedimiento para tratar la infertilidad, ya que la salud se define como un espacio que produce el mayor grado de bienestar, no solo lo contrario a patologías, dolencias o enfermedades. En el mismo sentido, la vida no es lo contrario a la muerte, sino un proyecto que se desarrolla libremente, según la autonomía de cada persona y la dignidad humana, en igualdad de condiciones. Entonces, negar el tratamiento de FIV “puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas” (CConst, T-528/2014, M. Calle).

Puesto que se gestiona la vida mediante la salud pública, pudimos relacionar el concepto de promedio de vida, que desarrolla Canguilhem (1971) al momento de visibilizar cómo se calcula con la esperanza de vida de una población. Igualmente, recordamos las tecnologías demográficas que, según Foucault (1999), miden las tasas de morbilidad, educación y trabajo, haciendo estimaciones poblacionales, contabilizando y controlando el crecimiento de las riquezas, semejante al concepto de gubernamentalidad (Foucault, 2007). Para terminar con el marco jurídico, como en nuestro marco teórico, desarrollamos el derecho

a la vida y la salud desde diferentes posturas.

En el cuarto y último capítulo, nos acercamos a los DSDR en la actualidad colombiana, específicamente, analizando la PNSDSDR. Como nos servimos de la arqueología foucaultiana, señalamos que en Colombia, el derecho a la vida nació con el Acto Legislativo 3 de 1910, que modificó la Constitución de 1886, para prohibir la pena de muerte, y exhortar “a las autoridades públicas a proteger la vida de los ciudadanos” (CConst, C-355/2006, J. Araújo y C. Vargas). De este modo, comprendimos el derecho a la vida desde la carencia, donde el poder público se limita a su protección, no matar. Consideramos que en Colombia no es posible hablar de una vida digna sino hasta la Constitución de 1991, cuando se relacionan la libertad y la igualdad para configurar un proyecto autónomo que se desarrolla acorde a las propias creencias. En este momento, la concepción jurídica de sexualidad pudo separarse de la definición de reproducción, para formularse como condición humana. Solo así, argumentamos, podemos nombrar, normalizar y normativizar el placer jurídicamente en Colombia, a través de los DSDR. Por lo mismo, no solo se garantiza y protege constitucionalmente la prostitución, o la FIV, cuando cualquier infertilidad afecta la vida y la salud, sino que es posible la IVE

Acorde a lo anterior, mostramos cómo la sentencia C-355/2006 declaró la IVE un derecho fundamental, sustentando su decisión en el derecho a la vida que consagra no solo el Preámbulo de la Carta Superior, sino sus artículos 2, 11, 33, 46 y 95. De esta manera, interpretamos el concepto jurídico de vida, no solo como una mera existencia, *zoé* según Agamben (2011), sino como una forma que se desarrolla libremente, acorde a la autonomía de cada persona; o como lo sustenta la Corte Constitucional, “la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad” (CConst, C-355/2006, J. Araújo y C. Vargas).

Siguiendo con el derecho a la vida, al analizar la PNSSR, expusimos la forma en que la OMS concibe la sexualidad, en relación con la calidad de vida, ya que se trata de “un estado general de bienestar físico, mental y social (...) disfrutar de una vida sexual

satisfactoria y sin riesgos, la posibilidad de ejercer el derecho a procrear o no, la libertad para decidir el número y espaciamiento de los hijos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2003, p. 9). De este modo, recordamos que para Foucault (1999), desde el Siglo XVIII, la salud ocupa un lugar privilegiado a la hora de establecer qué es vida; por lo que consideramos que las políticas sobre sexualidad en Colombia, al seguir los lineamientos de la OMS, regulan la vida de los ciudadanos acorde a intereses públicos.

A través de la lectura de la PNSDSDR, mostramos cómo el poder público relacionó la práctica de los DSDR al discurso de los DDHH, es decir, al “derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar, al desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, pensamiento y opinión, a formar una familia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 27). Además, esta política pública sostuvo que la salud es un derecho fundamental, ya que “no se refiere únicamente a la ausencia de enfermedades o dolencias, sino que alude al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 36). Acorde a lo anterior, se configura nuevamente el derecho a la vida (dis)positivamente, no como lo contrario a la muerte, sino como una forma de vivir, *bios* según Agamben (2001).

Tras evidenciar las diferentes definiciones jurídicas que se ciernen alrededor del concepto de vida, en nuestro análisis, confirmamos las palabras de López Medina (2015), cuando declara que “el derecho constitucional de los derechos fundamentales, debe tener pues, como preocupación central la vida” (xxvi); y de este modo, nos seguimos cuestionando, ¿qué es el derecho a la vida? Pregunta que resulta no solo interesante para el derecho público, sino necesaria, en medio del estado de excepción vivido en el año 2020, donde se limitó la vida a un concepto sanitario; y cada individuo debió permanecer aislado. La vida se formuló únicamente como una mera existencia; además, por proteger el orden público, se desplazó la libertad personal y la dignidad humana, a un asunto de salud pública. Entonces, recordamos que para Agamben (2001), el poder se legitima creando situaciones de grave peligro, y determinando la vida como *nuda vida*; es decir, una mera existencia que se enfrenta a la muerte. El mismo filósofo italiano, apoyándose en Walter Benjamin, define estos momentos de excepción, como la regla a través de la historia; por lo tanto, leemos el desarrollo

normativo de los DSDR como el despliegue de un campo, donde se organiza rigurosamente la vida de una población, semejante a la ciudad apestada e inmovilizada que describe Foucault (1975): un espacio perfectamente gobernado, atravesado de jerarquía, vigilancia, inspección y escritura, donde se individualizan los cuerpos para controlarlos fácilmente, según intereses privados.

Para terminar, creemos que la pertinencia de esta investigación, en el marco de una Maestría en Derecho Público, consiste en presentar un instrumento de análisis que permite comprender las relaciones entre el saber y el poder en el sistema jurídico, al concebirle como un campo dinámico, constructo histórico atravesado por relaciones mercantiles. Por esta razón, interpretamos el derecho como un dispositivo foucaultiano, que sirve para gobernar económicamente la vida de una población, adecuando el comportamiento de los sujetos, sus emociones, sus pensamientos, su sexualidad y su reproducción, al mercado globalizado, en nombre de la dignidad humana, la autonomía personal, la libertad, la igualdad, la integridad física y moral, la salud y el bienestar. Es así como los cálculos demográficos permiten tener un control individual más preciso, en el marco de una gubernamentalidad que no solo gestiona la producción de bienes y servicios, sino cuerpos vivientes. Por otro lado, se trajo a colación un sujeto conflictivo que puede activar el sistema jurídico –siempre y cuando considere que el juego vale la pena–, modificar lo que se entiende por derecho, y nombrar la vida de modo distinto. Cerramos este estudio parafraseando a Marx, al considerar que, los que estudian el derecho se han limitado a interpretar el mundo jurídico de distintos modos, pero de lo que se trata es de transformarlo⁵.

Bibliografía

⁵ La *Tesis sobre Feuerbach* finaliza así: “Los filósofos se han limitado a *interpretar* el mundo de distintos modos; de lo que se trata es de *transformarlo*” (Marx, 1974, p. 668).

- Agamben, G. (2001). *Medios sin fin*. Valencia, España: Pre-textos.
- Agamben, G. (2011). ¿Qué es un dispositivo? *Sociológica*, 73, 249 – 264.
- Arango, R. (2016). *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales.
- Ariza, R. (2015). El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. *Revista insurgencia*, 1, 165 – 194.
- Benjamin, W. (1991). *Para una crítica de la violencia*. España: Taurus S.A.
- Borrero, C. *Derecho humanos: ideas y dilemas para animar su comprensión*. Bogotá, Colombia: CINEP, Centro de investigaciones y educación popular.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En *La fuerza del derecho* (153 – 220). Bogotá, Colombia: Siglo del hombre editores.
- Bourdieu, P. (1991). Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. En F. Chazel y J. Commaile (Eds.), *Normas jurídicas y regulación social*. Paris, Francia.
- Canguilhem, G. (1971). *Lo normal y lo patológico*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores.
- Deleuze, G. (1987) *Foucault*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (1985). *Anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*. Barcelona, España: Ediciones Paidós.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (1978). *Kafka. Por una literatura menor*. México D. F.: Ediciones Era.
- Didi-Huberman, G. (2011). *Ante el tiempo*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Ewick, P y Silbey, S. (2001). Conformismo, oposición y resistencia: un estudio sobre la conciencia jurídica. En M. García (Ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos* (pp. 267–289). Bogotá: Universidad Nacional.
- Foucault, M. (1999). *Estrategias de poder*. Barcelona, España: Paidós.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la sexualidad I: la voluntad de saber*. México: Gallimard.

- Foucault, M. (). La «gubernamentalidad». En G. Giorgi y F. Rodríguez (Ed.), *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida* (pp. 187–215). Buenos Aires: Paidós.
- Foucault, M. (2008). *Tecnologías del yo*. Buenos Aires: Paidós.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- García-Pelayo, M. (1968). *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*. Madrid, España: Revista de occidente.
- Geertz, C. (2003). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- González, J. (2007). Derecho y sexualidad: ¿liberación o represión? *Estudios de derecho*, Vol LXIV. N° 144.
- Harris, M. (1979). *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*. México: Siglo XXI.
- Huber, O. (2014). Obligaciones internacionales en materia de derechos sexuales y reproductivos. *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 13.
- Klossowski, P. (1998). *La moneda viviente*. Córdoba, Argentina: Alción Editoria.
- López, D. (2011). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: Legis.
- López, G. (2017). *Nuevos paradigmas del derecho constitucional colombiano*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- Magaldi, J. (2014). *Propuesta metodológica para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Malinowski, B. (1986). *Los argonautas del Pacífico Occidental*. Barcelona: Editorial Planeta De Agostini.
- Marx, C. (1974). *La ideología alemana*. Barcelona, España: Ediciones Grijalbo.
- Marx, C. (1968). *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. México D. F.: Editorial Grijalbo.
- Mauss, M. (1979). *Sociología y antropología*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2003). *Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*. Bogotá.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). *Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*. Bogotá.

Montoya, P. y Hernández, O. (2010). Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta. *Estudios de derecho*, Vol. LXVII. N° 149.

Morales, C. (2011). Políticas de salud sexual en Colombia, el debate por la sexualidad de los y las jóvenes. En C. Morales (Ed.), *Jóvenes, sexualidad y políticas: derechos sexuales y reproductivos: un debate pendiente* (pp. 19 – 31). Bogotá: Universidad Nacional.

Pedraza, Z. (2012). La disposición del gobierno de la vida: acercamiento a la práctica biopolítica en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, 43

Perlongher, N. (1993). *La prostitución masculina*. Buenos Aires: Ediciones la Urraca.

Preciado, B. (2002). *Manifiesto contra-sexual*. Madrid, España: Editorial Opera Prima.

Sánchez, M. (1998). La prostitución en Bogotá 1880-1920. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 25, 146-187

Valencia, H. (1987). *Cartas de batalla*. Bogotá, Colombia: Panamericana.

Vargas, A. (1999). *El estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almudena Editores.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406/1992. [MP Ciro Angarita].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (14 de diciembre de 1995) Sentencia T-620/1995. [MP Vladimiro Naranjo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de septiembre de 1997) Sentencia SU-476/1997. [MP Vladimiro Naranjo].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (31 de octubre de 2002) Sentencia T-946/2002. [MP Clara Vargas].

Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355/2006. [MPS Jaime Araújo y Clara Vargas].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2007) Sentencia T-752/2007. [MP Clara Vargas].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (26 de junio de 2009) Sentencia T-424/2009. [MP Jorge Pretelt].

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de septiembre de 2009) Sentencia C-636/2009. [MP Mauricio González].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1 de diciembre de 2009) Sentencia T-890/2009. [MP Luis Vargas].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (23 de marzo de 2010) Sentencia T-226/2010. [MP Humberto Sierra].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (6 de julio de 2010) Sentencia T-550/2010. [MP Humberto Sierra].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (13 de agosto de 2010) Sentencia T-633/2010. [MP María Calle].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (13 de agosto de 2010) Sentencia T-629/2010. [MP Juan Henao].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (17 de enero de 2014) Sentencia T-009/2014. [MP Nilson Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (18 de julio de 2014) Sentencia T-528/2014. [MP María Calle].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (12 de mayo de 2015) Sentencia T-274/2015. [MP Jorge Palacio].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (30 de noviembre de 2015) Sentencia T-736/2015. [MP Gloria Ortiz].

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (14 de julio de 2016) Sentencia T-375/2016. [MP Gabriel Mendoza].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (31 de octubre de 2016) Sentencia T-594/2016. [MP Gloria Ortiz].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (10 de noviembre de 2016) Sentencia T-622/2016. [MP Jorge Palacio].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (6 de febrero de 2017) Sentencia T-073/2017. [MP Jorge Palacio].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (17 de septiembre de 2018) Sentencia T-377/2018. [MP Alberto Rojas].

Otras normas

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Congreso de la República. (18 de octubre de 1890) Código Penal [Ley 19 de 1890].

Congreso de Colombia. (24 de abril de 1936) Código Penal [Ley 95 de 1936]. DO: Año LXXII. N. 2331

Congreso de Colombia. (23 de enero de 1980) Código Penal [Decreto Ley 100 de 1980]. DO: 35.461.

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Código Penal [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.

Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.