

Serie Punto de encuentro

LA PROTECCIÓN Y
GARANTÍA DE LOS
DERECHOS HUMANOS
DE LAS MUJERES Y NIÑAS
A TRAVÉS DEL LITIGIO
CONSTITUCIONAL



Volumen I.

Los derechos sexuales y reproductivos
como un asunto de interés constitucional

Universidad
Externado
de Colombia

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Constitucional


**Defensoría
del Pueblo**
COLOMBIA





Volumen I. Los derechos sexuales y reproductivos como un asunto de interés constitucional

Carlos Ernesto Camargo Assis
DEFENSOR DEL PUEBLO

Luis Andrés Fajardo Arturo
VICEDEFENSOR DEL PUEBLO

Heidi Abuchaibe Abuchaibe
DEFENSORA DELEGADA PARA LOS ASUNTOS
CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Elaborado por:

Carolina Vergel Tovar
CONSULTORA DE LA DELEGADA PARA ASUNTOS
CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Mariana Medina Barragán
ASESORA DE LA DELEGADA PARA LOS ASUNTOS
CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Germán Enrique Rojas Rico
ILUSTRACIONES, DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

ISBN Obra Completa
978-958-5117-42-6
ISBN Volumen
978-958-5117-43-3

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 No. 10-32

Apartado Aéreo 24299 - Bogotá, D. C.
Código Postal 110231

Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co

Contenido

Presentación	4
Introducción	5
Los derechos sexuales y reproductivos como un asunto de interés constitucional	7
La higiene menstrual: un derecho fundamental de las mujeres en la intimidad y en la calle	9
La menstruación: introducción al tema	9
La menstruación como estigma	10
Una lectura de la menstruación en clave de derechos humanos	13
“El manejo de la higiene menstrual como escenario de la salud sexual y reproductiva”	17
La situación de una mujer habitante de calle: una oportunidad para mejorar las políticas públicas en materia de higiene menstrual	20
La protección constitucional del derecho al aborto: avances en espera de la despenalización	24
La interrupción voluntaria del embarazo, otra vez a examen constitucional	24
Los obstáculos para la IVE: un derecho en entredicho antes, durante y un poco más con la pandemia	25
La IVE: un derecho reproductivo de carácter fundamental	30
Unificación de jurisprudencia acerca de las causales salud y malformación del feto	31
Otras precisiones sobre la IVE: entre tiempos, objeciones de conciencia y medidas provisionales	33
Decisiones para seguir tutelando y garantizando el derecho a la IVE	35
Bibliografía	37
Lista de Tablas	
Tabla 1. Definición de los derechos sexuales	8
Tabla 2. Definición de los derechos reproductivos	8
Tabla 3. Profesionales capacitados en IVE vs. profesionales que lo practican	27

Presentación

El desarrollo de la sociedad es imposible sin que se apueste decididamente por el avance en la garantía y protección de los derechos de las mujeres y las niñas. Para todos los poderes del Estado y para la sociedad en su conjunto, el que esta población cuente con condiciones dignas de existencia, debe ser un fin prioritario.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la Defensoría del Pueblo le complace presentar la serie *“Punto de encuentro: la protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres y niñas a través del litigio constitucional”*, la cual pretende reflexionar sobre decisiones de la Corte Constitucional que han sido determinantes en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y las niñas en el país, con el propósito de identificar los aprendizajes y desafíos del litigio constitucional en la materia.

Este trabajo no habría sido posible sin el compromiso por la defensa, promoción y protección de los derechos humanos de Carlos Alfonso Negret Mosquera y Paula Robledo Silva, a quienes agradecemos su respaldo en cada una de las acciones que la Defensoría del Pueblo impulsó con ese fin.



Introducción

Desde la adopción de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (identificada en general y en este documento como CEDAW por su sigla en inglés) en 1979¹, muchas cosas han cambiado para las mujeres. Es indudable la presencia creciente de esta población en diferentes instancias de los poderes públicos, su acceso a la educación, así como a diversos sectores laborales, por mencionar solo algunos ejemplos esperanzadores.

Sin embargo, todavía hay desafíos importantes cuando de igualdad y no discriminación de las mujeres se trata. Según ONU Mujeres «las desigualdades de género se manifiestan en todas y cada una de las dimensiones del desarrollo sostenible» (2018, p. 2).

Dicha situación no es ajena a la realidad colombiana. No obstante, desde la reforma constitucional de 1991 hasta hoy, el país ha sufrido muchas transformaciones. El nuevo texto constitucional constituyó un cambio de paradigma político, económico y jurídico que, entre otros asuntos, representó la posibilidad de avanzar en la consecución de la igualdad material de poblaciones históricamente discriminadas, al consagrar la obligación de superar las condiciones en las que se sustenta su exclusión.

Así, la igualdad es a la vez un valor, un principio y un derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha explicado, además, el alcance de su doble dimensión: formal y material. Por lo mismo, exige la adopción de medidas dirigidas a la promoción de una igualdad real y efectiva, especialmente de sectores marginados de la sociedad, así como de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En materia de igualdad y no discriminación, tanto en las decisiones de tutela como en la vía del control abstracto de constitucionalidad, se han adoptado medidas específicas de protección de la población discriminada, así como un marco jurídico que progresivamente las reconoce e incluye. Todo esto tiene efectos trascendentales para la vida de mujeres, niñas y adolescentes. De hecho, las múltiples formas de discriminación que les impiden un pleno goce de sus derechos han dado lugar a muchas acciones constitucionales ante la Corte Constitucional, cuyas decisiones —en la mayoría de los casos— constituyen logros importantes en el propósito constitucional y humanista de erradicar las causas y consecuencias de esta discriminación, a pesar de que haya aún muchos retos por delante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegada para Asuntos Constitucionales se ha dado a la tarea de realizar el análisis de aquellas decisiones en la materia y en la cuales tuvo la oportunidad de intervenir —no siempre con el mismo alcance— desde la segunda mitad de 2016 hasta hoy. La finalidad es identificar los aprendizajes y desafíos del litigio en este escenario para que la Defensoría del Pueblo continúe en su tarea de defensa y protección de los derechos humanos con estrategias cada vez más exitosas.

Considerando el importante volumen de casos sometidos y decididos por el Alto Tribunal, este documento retoma una serie de fallos sobre unos temas escogidos teniendo en cuenta dos criterios metodológicos. El primero, ya advertido, tiene que ver con la posibilidad que tuvo la Defensoría del Pueblo de intervenir en el proceso. Nos parecía más honesto estudiar casos en donde la Delegada para Asuntos Constitucionales ha aportado sus consideraciones. El segundo criterio es bastante evidente, se trata de temas en los que se han producido decisiones de tutela o de constitucionalidad que inciden de manera clara en la vida de las

¹ Y ratificada en Colombia por medio de la Ley 51 de 1981.

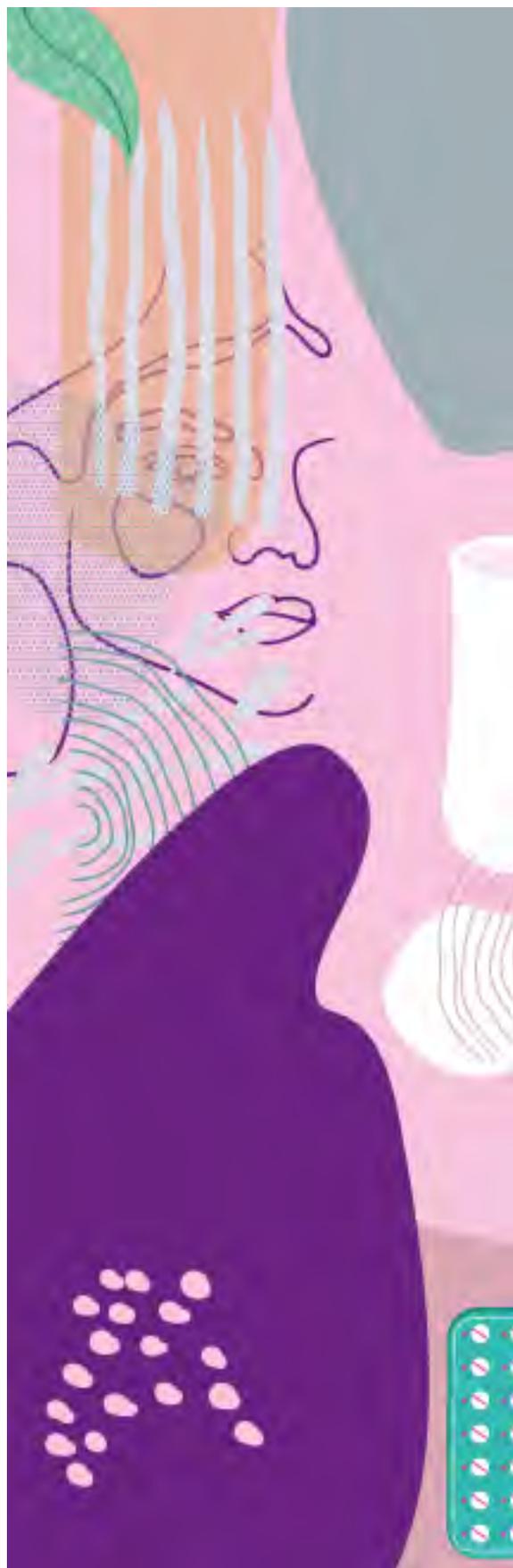
mujeres en Colombia, ya sea porque aportan modificaciones que este análisis considera como positivas (lo cual sucede en la mayoría), o porque son pronunciamientos que reactualizan debates fundamentales en materia de derechos humanos de las mujeres, aportando elementos de comprensión que enriquecen el estado del arte en el tratamiento constitucional.

Así pues, se presenta la serie *Punto de encuentro: la protección y garantía de los derechos humanos de las mujeres y niñas a través del litigio constitucional*, la cual pretende realizar un análisis jurisprudencial concentrado en los aspectos estructurales y, a la vez, más apremiantes en materia de igualdad efectiva de las mujeres. La serie comienza con tres volúmenes temáticos. El primero se concentra en los derechos sexuales y reproductivos, el segundo en la violencia sexual y el tercero en la violencia machista causada por el Estado.

En cada volumen se condensa el estudio de todos los fallos seleccionados por tema y se presenta un ejercicio de contextualización lo más actualizado posible, en el que se identifica el rol de los estándares internacionales en cada debate y solución de los casos, así como la forma en que la Corte ha entendido la perspectiva de género. También se resaltan las contribuciones de la Defensoría del Pueblo en cada debate constitucional, con el fin de ratificar el interés de la entidad en un abordaje con un enfoque de derechos y de género de toda tutela y estudio de exequibilidad.

Finalmente, y no menos importante, desde la selección de los temas y para construir el presente análisis fue esencial identificar y establecer contacto con las organizaciones sociales, iniciativas ciudadanas y activistas que presentaron las acciones de tutela o de constitucionalidad, o que intervinieron en los procesos y cuyo trabajo o esfuerzos en el tema le han apostado a la jurisdicción constitucional y a su jurisprudencia como instrumento de cambio y garantía de los derechos de las mujeres en Colombia. Hay que reconocer, en todo caso, que el conjunto de entrevistas realizadas con algunas representantes e integrantes del movimiento social² está lejos de recoger las voces y opiniones del enorme universo de acción colectiva en el país. Estas conversaciones buscaron fortalecer el diálogo institucionalidad-sociedad civil, siendo conscientes, sin embargo, de que estuvieron limitadas en número por las condiciones de tiempo y de virtualidad de las actuales circunstancias.

² Durante el mes de junio de 2020, fueron realizadas ocho entrevistas semiestructuradas a activistas independientes y también a representantes o integrantes del Grupo de Género y Justicia Económica de la Red de Justicia Tributaria, Women's Link Worldwide, la COALICO, la Corporación Sisma Mujer, la Mesa por la vida y la salud de las mujeres y Acolfutpro. También recibimos insumos de la Iniciativa equidad de género y de la Secretaría de Integración Social de Bogotá. A todas las personas que nos concedieron su tiempo y confianza, la Defensoría del Pueblo les agradece de nuevo por su muy amable disposición.





Los derechos sexuales y reproductivos como un asunto de interés constitucional

La Convención CEDAW introdujo una perspectiva de género a los derechos a la salud, la educación y al estatus y relaciones familiares (arts. 10, 12 y 16); la Conferencia de Beijing de 1995 desarrolló aún más esta perspectiva con respecto a la salud de las mujeres y las niñas³. Pero está claro que es la Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo de El Cairo de 1994 la que va a poner en el centro de las reflexiones y de la agenda internacional a los derechos sexuales y reproductivos (DSR). El Programa de Población y Desarrollo que de allí nace establece una nueva estrategia para abordar las cuestiones poblacionales, que va más allá de las metas demográficas.

En el Programa de Acción a 20 años propuso que los servicios de planificación familiar fueran de acceso universal en 2015, como parte de un enfoque ampliado de la salud reproductiva y de los derechos al respecto; planteó, además, la cuantificación y disposición de los recursos necesarios para lograrlo. Este Programa también incluye metas en materia educativa, especialmente de las niñas, así como una mayor reducción de los niveles de mortalidad de lactantes, niños, niñas y madres. También aborda cuestiones relativas a la población, el medio ambiente y las pautas de consumo; la familia; la migración interna e internacional; la prevención de la pandemia de VIH/SIDA y la lucha contra esta; las actividades de información, educación y comunicación y la promoción de la tecnología, la investigación y el desarrollo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) va a retomar y actualizar este programa en la Observación General núm. 22 de 2016. Aunque ya había abordado algunos aspectos sobre la salud sexual y reproductiva en la Observación General núm. 14 «habida cuenta de que continuaban las graves violaciones de ese derecho, el Comité considera que la cuestión requiere una observación general separada» (2016, §4).

La Observación General núm. 22 estructura y define la comprensión de la salud sexual y reproductiva en el marco del DIDH. En esa vía, va a determinar los aspectos fundamentales, empezando por el contenido normativo del derecho a la salud sexual y reproductiva, así como sus diferentes componentes (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad) y los distintos tipos de obligaciones que implica, empezando por las estatales.

De igual manera, en esta Observación se deja muy en claro que los principios de igualdad y no discriminación, de igualdad entre hombres y mujeres y que los enfoques de género, interseccional, así como la identificación de las discriminaciones múltiples, deben ser transversales a la concepción y materialización del derecho a la salud sexual y reproductiva, y a toda acción estatal dirigida a preservarlo.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la categoría en una ya larga lista de sentencias, la cual deja claro, primero, que los derechos

³ Dentro de los objetivos estratégicos se incluyó: i) fomentar el acceso de la mujer durante toda su vida a servicios de atención de la salud y a información y servicios conexos adecuados, de bajo costo y de buena calidad; ii) fortalecer los programas de prevención que promueven la salud de la mujer; iii) tomar iniciativas en que se tenga en cuenta el género para hacer frente a las enfermedades de transmisión sexual, el VIH/SIDA y otras cuestiones de salud sexual y reproductiva.

sexuales y los derechos reproductivos son categorías distintas aunque relacionadas; que los DSR tienen una dimensión negativa (que le exige al Estado abstenerse de interferir en la esfera sexual y reproductiva de las personas), y una dimensión positiva o prestacional, que le exige adoptar las medidas necesarias para garantizar estos derechos, teniendo en cuenta además las pautas internacionales ya fijadas por el Comité DESC.

Algo muy interesante en la forma de comprender los DSR, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, es el peso de la perspectiva de género en su defi-

nición. La afectación y las vulneraciones diversas de las dimensiones sexual y reproductiva de niñas y mujeres ocupan un lugar central en la concepción, defensa, protección, garantía y materialización de este tipo de derechos. Esta preocupación se entiende más claramente cuando se conocen las dimensiones de dichos derechos.

A continuación, se sintetizan los principales aspectos de las categorías de los DSR, según los planteamientos propuestos por la Corte Constitucional en una de las sentencias objeto de análisis del presente capítulo.

Tabla 1. Definición de los derechos sexuales

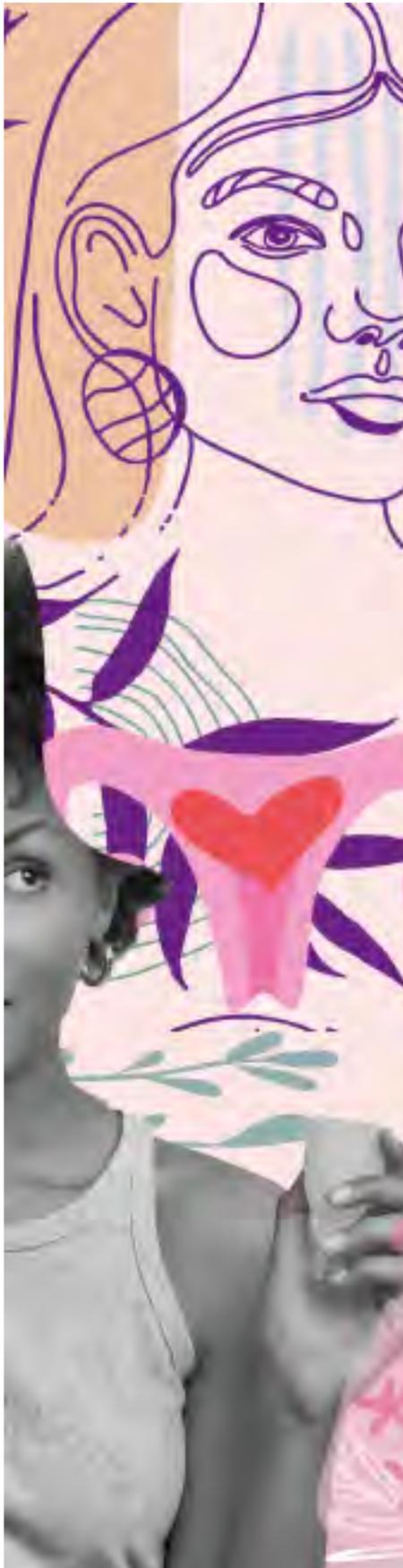
Definición	Facetas
<p>«[...] los derechos sexuales les proporcionan a todas las personas la autoridad para “decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada”.</p> <p><i>De igual forma, se ha referido que los derechos sexuales se estructuran a través de tres facetas. La primera, relacionada con la oportunidad de disponer de información y educación adecuada sobre los distintos aspectos de la sexualidad humana; la segunda, que tiene que ver con la posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual; y la última, correspondiente a la facultad de contar con toda la educación e información respecto de la totalidad de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos» (Cursiva y negrilla originales del texto).</i></p>	<p>Información y educación adecuada sobre aspectos de la sexualidad.</p> <p>Acceso a servicios de salud sexual.</p> <p>Información y educación sobre métodos de anticoncepción y la posibilidad de elegirlo libremente.</p>

Fuente: Sentencia SU-096 de 2018.

Tabla 2. Definición de los derechos reproductivos

Definición	Dimensiones	Elementos
<p>Los derechos reproductivos «le otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo. De ahí, que esta garantía posea dos dimensiones: la primera, relacionada con la existencia de una autodeterminación reproductiva; y, la otra, correspondiente al acceso a los servicios de la salud reproductiva».</p> <p>«De este modo entonces, se violenta la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculiza el ejercicio de la autonomía personal y se recurre a la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitura. Igualmente, cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para adoptar una determinación en relación con esta facultad; y, finalmente, cuando no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta. [...]</p> <p>[E]l derecho a la salud reproductiva está integrado por los siguientes elementos: i) Los componentes de educación e información sobre los distintos servicios, medicamentos e insumos que integran los métodos anticonceptivos. A este aspecto también se integra la posibilidad de acceder y elegir de forma libre el procedimiento de preferencia de cada persona, de conformidad con los artículos 10 y 12 de la CEDAW. ii) La existencia de mecanismos que aseguren el desarrollo de la maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Concretamente, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia. iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino. iv) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimiento de fertilización in vitro. v) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por el Comité DESC, en los casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006, así como la obligación del Estado de proteger y respetar este componente de los derechos sexuales y reproductivos».</p>	<p>Autonomía reproductiva: libre de interferencias en la toma de decisiones.</p> <p>Acceso a servicios de salud reproductiva.</p>	<p>Educación e información sobre la gama de métodos anticonceptivos.</p> <p>Acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.</p> <p>Prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor.</p> <p>Acceso a la tecnología científica para procrear.</p> <p>El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad.</p>

Fuente: Sentencia SU-096 de 2018.



Queda claro que los DSR están relacionados con dimensiones muy amplias de la vida humana. Es esperable que haya llegado también a la jurisdicción constitucional. Dentro de los asuntos resueltos por la Corte Constitucional en estos últimos años, hay dos que la Defensoría ha considerado importante retomar aquí. El primero, por la singularidad del caso y la especial vulnerabilidad de la accionante, una mujer habitante de calle. El segundo, por ser uno de los asuntos estructurales en materia de DSR que no deja de generar controversia y estudios sobre la constitucionalidad del tratamiento normativo. Son la higiene menstrual y la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), manifestaciones concretas de los DSR y de los desafíos en materia de protección y garantía de estos derechos con perspectiva de género.

La higiene menstrual: un derecho fundamental de las mujeres en la intimidad y en la calle

La menstruación: introducción al tema

«¿Qué ocurriría, por ejemplo, si de pronto, por arte de magia, los hombres pudieran tener la menstruación y las mujeres no?»

La respuesta está clara: la menstruación sería un acontecimiento de hombres totalmente envidiable y del que se podría presumir: los hombres hablarían del tiempo de duración y de la cantidad de su periodo. los muchachos celebrarían el inicio del periodo -ansiada prueba de su masculinidad- con rituales religiosos y fiestas solo para hombres.

El Congreso subvencionaría el Instituto Nacional de la Dismenorrea para combatir las molestias del mes».

(Extracto del texto de Gloria Steinmen "If men could menstruate...")

Son recurrentes los anuncios publicitarios para vender toallas higiénicas, tampones y, recientemente, copas menstruales. En ellos, las modelos contratadas son mujeres siempre sonrientes que encarnan estándares de belleza excluyentes, pues generalmente son "blancas" y delgadas; así mismo, todas trabajan, viven en grandes ciudades y son heterosexuales (porque si hay que estar "limpia y bella" es para satisfacer, sobre todo, la mirada masculina). Este tipo de imagen de la higiene menstrual muestra una idea muy lejana a la realidad de muchas mujeres. El hecho de menstruar ha sido, y sigue siendo, sinónimo de exclusión y discriminación de mujeres adolescentes y adultas.

Este es el caso de Martha Cecilia Durán Cuy, una mujer habitante de calle en Bogotá, quien dadas sus precarias condiciones de vida tiene que escoger entre comer, tener donde dormir o pagar por algún producto de higiene menstrual⁴.

⁴ En los antecedentes y hechos relevantes del proceso, también se precisó que la señora Durán «no ha acudido a los centros hospitalarios después de haber tenido un bebé por cesárea» (Sentencia T-398 de 2019, §5); «no tiene conocimiento alguno sobre el cuidado de su zona íntima y tampoco ha recibido capacitación por parte de las entidades distritales sobre tal tema» (Ibidem, §6); y «que, cuando se encuentra en su período, se asusta porque, además de padecer los cólicos menstruales, expulsa unos coágulos grandes» (Ibidem, §7).

Varias personas, actuando como agentes oficiosos en nombre de la señora Durán, interponen una acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud para proteger su derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, con el fin de que le sean suministradas las toallas higiénicas que necesita.

Este caso llevó a la Corte Constitucional a la realidad sobre el privilegio que puede ser acceder a estos productos y, más ampliamente, el poder gestionar de manera adecuada y digna la menstruación. El caso también interpela la política pública en salud y las condiciones de atención de la población habitante de calle tanto en Bogotá como a escala nacional.

Para la Defensoría del Pueblo este caso reviste la mayor importancia, no solo por la preocupación que generan las condiciones de vida de todas las personas en condición de habitancia de calle, sino porque la acción de tutela abrió la puerta para hacer un análisis acerca de las implicaciones que tiene la menstruación en la vida de las mujeres, en general, incluso para quienes no están en situaciones tan marginales como quienes no tienen hogar.

La cuestión no es reciente. Es más, un hecho biológico, que indica antes que nada la capacidad de reproducirse de los seres de sexo femenino y que es señal de buena salud cuando justamente se manifiesta con la regularidad natural, ha sido, sin embargo, visto e interpretado históricamente como un rasgo ignominioso, despreciable e inhabilitante tanto física como mentalmente para las mujeres en edad reproductiva.

Por eso, el presente análisis insiste en varios de los argumentos propuestos en la intervención presentada en el proceso resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-398 de 2019. Esta decisión no solo coincide con varios de los planteamientos de la Defensoría, sino que complementa la comprensión del tema de una forma que fortalece y contribuye en el avance de los derechos de las mujeres. Argumentos todos que se revisitan y se profundizan eventualmente.

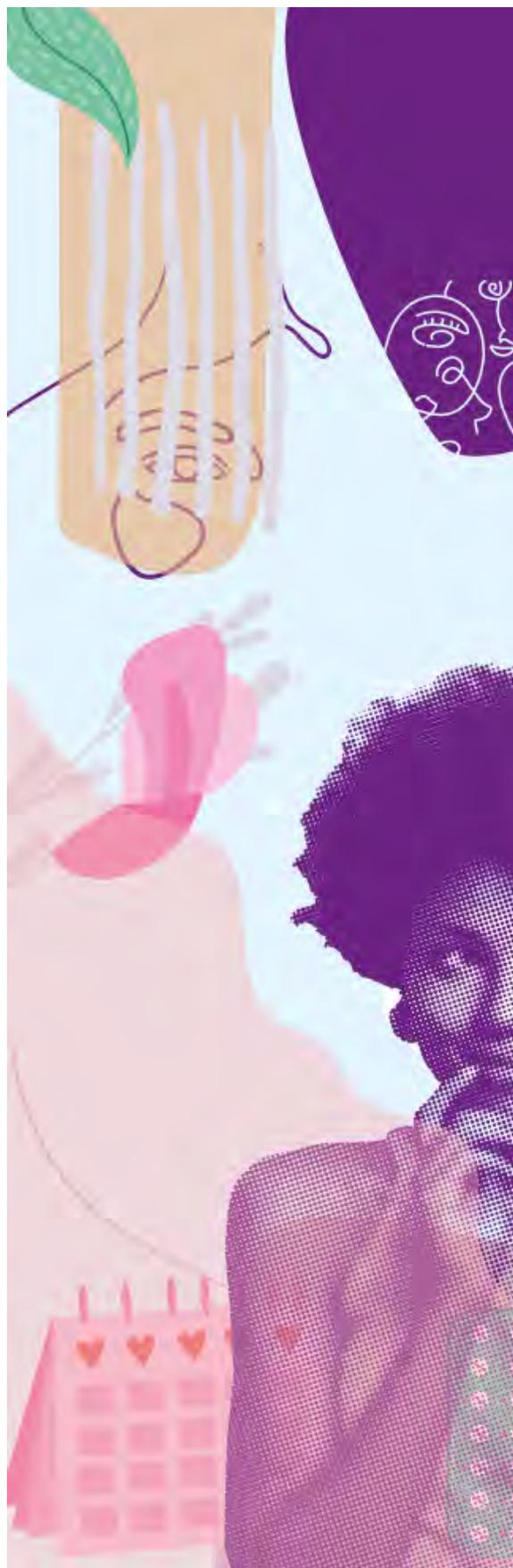
Son tres los puntos fundamentales de este análisis. El primero es la comprensión de algunas implicaciones de la menstruación en la vida de las mujeres. El segundo, la lectura de la menstruación en clave de derechos humanos. El tercero, la interpelación de las políticas públicas que plantea el caso de una mujer habitante de calle en Bogotá, que no puede acceder a productos de higiene menstrual.

La menstruación como estigma

La historia de los productos de higiene menstrual comienza en la época antigua. Como con muchos temas de la historia universal, preguntarse por cómo la mitad de la humanidad gestionó su flujo menstrual desde siempre revela lo poco que sabemos al respecto. Y haciendo un recorrido por diversas ocurrencias, se encontró en estas un rasgo en común: el mandato del ocultamiento del sangrado⁵. Si no querer ver un fluido vital que producen los cuerpos femeninos cada mes, durante aproximadamente 40 años de sus vidas, parece sencillamente un despropósito, el que sea una postura aún vigente es aún peor.

El año pasado, en Australia, una campaña publicitaria que decidió vender toallas mostrando una tintura que tiene el color del sangrado normal de las mujeres (en vez del robótico líquido azul que ha imperado en la mayoría de piezas de mercadeo para el tema) se expuso a una avalancha de quejas formuladas ante el organismo regulador de la publicidad en el país. Más allá de la anécdota, al ver los argumentos de quienes se oponían a la campaña “Blood Normal” (sangre nor-

⁵ Para una síntesis muy completa de esta evolución, ver por ejemplo: <https://www.simple-health.com/blog/a-history-of-menstrual-hygiene> (Consultado el 12/07/20).





mal)⁶, queda claro que todavía nos cuesta ver a la menstruación y, mucho más, tener que hablar de ella.

Esto es lo que Iris Marion Young (2005) denominó como “el clóset de la menstruación” (evocando la presión social a la que son sometidas las personas con orientación sexual considerada como diversa para no exteriorizarla). Es un ocultamiento del flujo menstrual al que se ven obligadas las mujeres todos los meses, con importantes consecuencias para su autorreconocimiento y relacionamiento social (Buriticá, 2013). En la misma línea, Eugenia Tarzibachi explica que «las sanciones severas (y muchas veces denigrantes) sobre aquellas personas que exponen públicamente y sin pudor la sangre menstrual en sus propios cuerpos, o sobre quienes hablamos acerca del tema, evidencian la vigencia del estigma de la menstruación y la continua naturalización de un orden de género injusto» (2018, p. 39).

Desde la antigüedad, las lecturas sobre la menstruación han sido ambivalentes. Gracias —entre otros— al trabajo de Simone de Beauvoir y su detallada descripción de ciertas costumbres alrededor del mundo en torno a la menstruación, se sabe que, por ejemplo, en algunas sociedades matriarcales al flujo menstrual se le atribuían «efectos bienhechores: los menstruos son utilizados en los filtros de amor, en los remedios, particularmente para curar las cortaduras y las equimosis» y al tiempo, otros efectos como la parálisis de las actividades sociales, la destrucción de la fuerza vital, ajar las flores, hacer caer los frutos. En ese sentido, indica que «incluso en Egipto, donde se trataba a la mujer con singulares miramientos, permanecía confinada durante todo el tiempo que duraban sus reglas». Es más, la misma De Beauvoir establece que solo es con el advenimiento del patriarcado, que viene la atribución de poderes exclusivamente nefastos «al turbio licor que fluye del sexo femenino» (1949, p. 76).

Esta aseveración se confirma con el uso (y el abuso) de textos de la filosofía antigua griega y de extractos bíblicos para fundamentar que el periodo menstrual es sinónimo de suciedad y de vergüenza. Trabajos de historiografía y filología contemporáneos han demostrado que fue la visión teológica de los siglos XVI al XVIII la que descontextualizó y redujo las ideas de textos como los de Plinio el Viejo y del Levítico sobre la menstruación. De hecho, Plinio el Viejo identificó elementos tanto positivos como negativos del sangrado menstrual, y el Levítico también contempla prohibiciones y asociaciones negativas para los fluidos masculinos, y no establece una visión contaminada del cuerpo femenino, solo una condena a las relaciones sexuales durante la regla, porque no conducen a la reproducción (McClive, 2013), conforme a la teología que se impuso en ciertas tradiciones judeo-cristianas.

Según el análisis de Eugenia Tarzibachi, es justamente la relación entre reproducción y menstruación la que deviene en desprecio y mandato de ocultamiento. En su estudio sobre el impacto de la menarquia y del periodo menstrual en la vida de las niñas y las mujeres afirma que

la menstruación es también considerada [...] un desecho inútil cuando deja de ser un atributo sobre la fertilidad, y no es más que la materialidad de la sangre menstrual ante una mirada ajena. En esta última dimensión, la menstruación suele ser algo que se oculta, se disimula, se enmascara.

⁶ Hubo quienes manifestaron que «les resultaba “ofensiva”, “inapropiada” y “desagradable”. Un demandante decía que el intento de normalizar los periodos era “innecesario”. “Los periodos no son un secreto, pero son asuntos privados de higiene personal”. Otro argumentaba que este tipo de anuncios “obliga a los padres a tener conversaciones con los hijos”» (El Periódico, 2019) (Consultado el 12/07/20).

Y se incorpora al territorio de lo íntimo, tanto que su exposición pública puede provocar el pudor como en otra época lo tuvo el desnudo (2017).

Al tiempo, la dimensión del advenimiento del periodo menstrual en la vida de las mujeres es tal, que

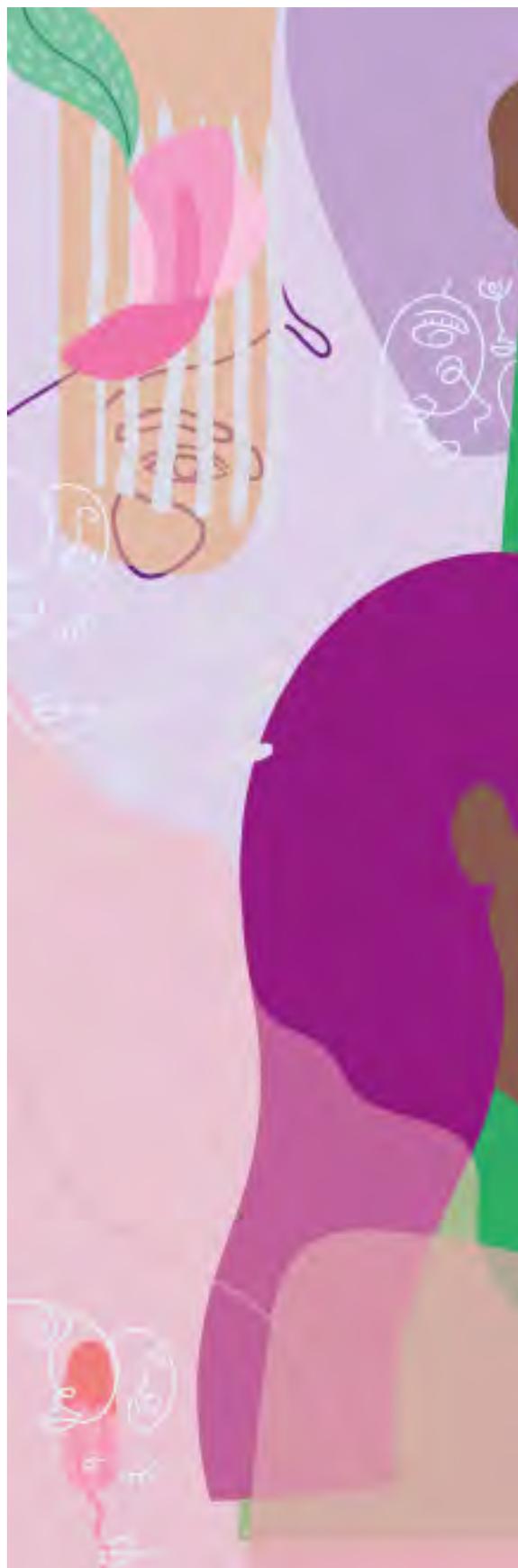
menstruar por primera vez, “hacerse señorita” [...], constituye un acto de habla que crea una realidad al enunciarse; en este caso, tiene una potencia de marcación de género semejante a cuando se le asigna un sexo al bebé al momento de nacer. Una asignación que marca fuertemente un camino social de existencia sexo-genérica dentro de un binarismo sexual arbitrario (Tarzibachi, 2017).

La Corte sintetiza muy bien todo este panorama en sus consideraciones, al afirmar que «la menstruación se ha constituido en una situación para apartar a las mujeres de los espacios familiares, educativos y laborales». Es decir, «vivir su menstruación en silencio y de manera invisible»⁷. Y todo por las «concepciones religiosas o culturales⁸, según las cuales, las mujeres durante su menstruación entran en un periodo de impureza que puede afectar la fertilidad de las tierras o la salud de las personas» (Sentencia T-398 de 2019, §179).

Este tipo de prejuicios no son exclusivos de las ideas populares. Al contrario, “la regla”, como una problemática, revela sobre todo preconcepciones tanto masculinas como médicas. Y el discurso médico lo que ha hecho es aportar un respaldo, que se pretende científico, a la percepción de las mujeres como enfermas permanentes, subyugadas por su destino biológico (Le Naour y Valenti, 2001) (La traducción es nuestra).

Es evidente por qué comprender el significado social de la menstruación se constituye en el punto de partida para entender de paso la trascendencia que han tenido las tecnologías creadas para su manejo en la vida de las mujeres y las adolescentes. Aunque hay lecturas opuestas acerca del rol de la industria de la higiene menstrual en la superación del estigma (cf. Gálvez, 2016 y Tarzibachi, 2018), en todo caso, ha sido en parte gracias a la existencia y al acceso creciente a las toallas, tampones y recientemente a las copas menstruales que el tema de la higiene menstrual se volvió un asunto de interés público.

No obstante, no ha implicado propiamente una emancipación de las mujeres, entendida en este caso como la posibilidad del ejercicio pleno de sus derechos. Problemática que introduce el segundo aspecto fundamental y el enfoque de la Corte Constitucional para aproximarse al tema.



⁷ George, R., *Celebrating whomanhood: how better menstrual hygiene management is the path to better health, dignity and business*, 2013, p. 6.

⁸ Véase, entre otros, Lahme, Anne M.; Stern, Ruth; Cooper Diane, *Factors impacting on menstrual hygiene and the implications for health promotion*, en *Global Health Promotion*, Vol. 25, No. 1, 2015, pp. 57ss.



Una lectura de la menstruación en clave de derechos humanos

Empecemos por la conclusión más importante de la Corte al respecto: el reconocimiento del derecho a la gestión de la higiene menstrual. El sentido y el porqué de esta declaración tienen que ver con el vínculo de la gestión de la higiene menstrual con otros derechos humanos y fundamentales, con la salud y, especialmente, —como dirá la Corte— con los derechos sexuales y reproductivos.

En cuanto a la conexión con otros derechos, varios organismos internacionales de promoción y protección de derechos humanos, activistas e incluso entidades que impulsan el desarrollo de las naciones han tendido recientemente a concentrar su atención en el impacto que tiene para las mujeres y las niñas la falta de acceso a elementos y condiciones adecuadas para la higiene femenina durante el periodo menstrual, por encontrar en ello un factor que obstaculiza la garantía de sus derechos a la salud, saneamiento, educación, trabajo y participación social.

Human Rights Watch afirma que

[d]urante años, las organizaciones de derechos humanos han documentado cómo los periodos, y el apoyo deficiente al manejo de la menstruación en las políticas y los programas, tienen un impacto negativo en los derechos humanos de mujeres y niñas. Las decisiones sobre la administración de campamentos de refugiados, centros de detención, escuelas y lugares de trabajo que afectan el modo en que se manejan los periodos tienen un impacto directo en los derechos humanos. En los casos en que tuvieron muy poco apoyo para el manejo de sus periodos, las mujeres y niñas han informado haberse quedado en sus casas en vez de ir a la escuela, haber sido expulsadas por sus familias y haber recibido un trato humillante en sus comunidades (2017).

Sobre este asunto, múltiples fuentes indican que los altos precios de los productos como toallas y tampones hacen que un porcentaje considerable de población femenina en el mundo acuda al uso de otras alternativas como ropa sucia, trapos, aserrín y hasta tierra o ceniza, entre otras, para retener el flujo menstrual, lo cual constituye una práctica que puede provocar infecciones y enfermedades vaginales. Esta afectación a su salud también ocurre porque se ven forzadas a lavar la ropa con agua sucia por falta de acceso al agua potable en algunas zonas, y a utilizar las prendas de vestir húmedas por la vergüenza que les produce secarlas al aire libre cuando se encuentran manchadas.

Al respecto, un estudio de UNICEF y la Universidad Javeriana sostiene que

(e)l inadecuado MHM (manejo de higiene menstrual) es un problema que afecta la salud, la dignidad y la privacidad de millones de niñas y mujeres a diario; (y) establece el reto de luchar contra el estigma y la discriminación de género, tarea difícil teniendo en cuenta que los programas de salud menstrual representan un desafío a las normas sociales tradicionales en determinadas culturas (s. f., p. 5).

De acuerdo con Archana Patkar, experta del Consejo de Suministro de Agua y Saneamiento Colaborativo (WSSCC), dependiente de la ONU, en la India, solo el 12 % de las 335 millones de mujeres y niñas del país accede a toallas y tampones, y «200 millones ni siquiera tienen información adecuada sobre cómo es-

tarse aseada y pulcra (y, por tanto, saludable) en ese momento del mes». Esta situación también afecta a las mujeres del sudeste asiático y las del África subsahariana (Treibel, 2014).

Dentro de las consideraciones de la Corte se hace también referencia al problema, para denunciar que

existe un déficit en los procesos educativos y en la infraestructura, el cual causa en las mujeres la necesidad de ausentarse de sus actividades cotidianas mientras finaliza el periodo de menstruación. Por ejemplo, en algunos países, entre el 19% y el 24% de las mujeres que se encuentran en su edad escolar se ausentan de las clases⁹, debido a que en sus escuelas no se cuenta con instalaciones adecuadas para cambiar el material absorbente, hay carencia de agua o, sencillamente, no cuentan con material para la gestión de su higiene menstrual¹⁰ (Sentencia T-398 de 2019, §179).

En igual sentido, Plan Internacional ha denunciado que

(e)n zonas del África subsahariana, las niñas pierden hasta cinco días de colegio al mes o abandonan la escuela por falta de acceso al agua corriente, el saneamiento y los productos de higiene, según un estudio en Uganda. De media, las escolares de Uganda pierden 24 días lectivos de los 220 días del año escolar, lo que significa supone el 11% de las clases. Las mujeres y las niñas de África Oriental suelen utilizar materiales como fibras de plátano, trapos, maderas o bolsas durante su menstruación, con los problemas de salud que esto puede conllevar (2015).

La situación descrita fue constatada por la diseñadora colombiana Diana Sierra, en Uganda, quien, con el propósito de contribuir a que las niñas no dejen de asistir al colegio por la llegada del periodo menstrual, creó una toalla higiénica de especiales características acordes con su contexto sociocultural, cuyo uso ha tenido incidencia en un considerable descenso de la ausencia escolar de la población femenina. El resultado de este producto es muy importante, pues de acuerdo con la organización Girl Effect¹¹:

si una niña va al colegio por más de siete años, se casa más tarde en su vida y tiene menos hijos. También será más probable que posponga tener relaciones sexuales, que sea menos propensa a que la obliguen a tener sexo y, si es sexualmente activa, es más propensa a usar métodos anticonceptivos. Una niña educada aporta al Producto Interno Bruto de su país y es esencial para sacarla a ella, a su familia y a su comunidad de la pobreza (Bravo, 2016).

Dentro de las conclusiones de la investigación, vale la pena destacar que se comprobó que las construcciones negativas sobre la menstruación como algo sucio, malo y contaminante favorece la conformación de tabúes y estigmas relacionados con sentimientos de temor, vergüenza y pena, y que estas «situaciones llevan a que las niñas busquen ocultar que están menstruando, pues revelar esta condición las expone a burlas y situaciones discriminantes». Además, indica que «socialmente, a partir de la menarquia, los cuidados se traducen en restricciones sociales y controles parentales: las niñas ya no pueden salir a jugar como antes,



9 Van Eijk, Anna Maria; Sivakami, M.; Thakkar, Mamita Bora; Bauman Ashley; Laserson, Kayla F.; Coates, Susanne; Phillips-Howard, Penelope A., Menstrual hygiene management among adolescent girls in India: A systematic review and meta-analysis, en BMJ-Open, 2016 (6), p. 6.

10 Van Eijk, Anna Maria, et al., 2016, op. cit., 6.

11 Más información en <https://www.begirl.org/>



no pueden ir a fiestas y se controlan las amistades con los hombres, por el temor a que queden embarazadas», lo que también deriva en que deban asumir mayores responsabilidades en sus hogares (UNICEF, s.f.).

Así mismo, UNICEF afirma que

las condiciones deterioradas e insuficientes en infraestructura, en baterías sanitarias, así como la poca o nula disponibilidad de agua, insumos para el aseo tales como jabón y papel higiénico, además de problemas de privacidad, **inciden en la permanencia y el bajo rendimiento escolar, disminuye la concentración y aumenta la inseguridad y el miedo**, por ser objeto de burla de sus compañeros” (s.f.) (negrilla fuera del texto original).

A partir de ello, sostiene que

para enfrentar las consecuencias de un inadecuado manejo y una desinformación de la higiene menstrual no solo en las niñas y adolescentes, sino en las familias, comunidad y maestro-as, será necesario enfrentar la problemática intersectorialmente, facilitando a la población de una manera respetuosa de las creencias y costumbres, información y ajustes en infraestructura que amplíe el horizonte de acción y que facilite la transformación positiva de prácticas para el manejo adecuado de la higiene menstrual entre las niñas y adolescentes de edad escolar (UNICEF, s.f.)¹².

En el mismo sentido, y respecto de la importancia de proporcionar condiciones adecuadas para la higiene menstrual, el estudio de Lusk-Stover *et al.* (2016) afirma que

(d)ebería importarnos la gestión de la higiene menstrual porque puede aumentar el crecimiento y el empoderamiento económico y social. También puede contribuir al logro de varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (i), entre ellos, aunque no exclusivamente: calidad de la educación (ODS 4), igualdad de género (ODS 5), y agua limpia y saneamiento (ODS 6).

Sobre ello, varios estudios en países en vía de desarrollo llaman la atención de la urgencia de resaltar este tema en el debate político, junto con un trabajo práctico de lo que las adolescentes y las mujeres requieren para gestionar sus necesidades menstruales en términos de materiales, de educación y de instalaciones (Bharadwaj y Patkar, 2004).

Todo este panorama pone de presente que la posibilidad de acceder a condiciones y métodos efectivos para el aseo menstrual, entre las que se encuentran las toallas y los tampones higiénicos, tiene una incidencia directa con la posibilidad de ejercer los derechos a la salud y educación, entre otros, de las mujeres y niñas, los cuales deben ser garantizados por el Estado colombiano. Así pues, estos productos tienen un impacto directo en el goce de dichos derechos de la población femenina, en especial de aquella que tiene menos recursos económi-

¹² El análisis del impacto de las condiciones de higiene menstrual en la deserción escolar en el país debería captar la mayor atención de las autoridades encargadas de garantizar los derechos de la infancia, máxime si se tiene en cuenta que en el más reciente informe del Comité de los Derechos del Niño y la Niña sobre su situación en el país, recomendó al Estado que:

«b) Tome las medidas necesarias para eliminar las actitudes patriarcales y los estereotipos de género que discriminan a las niñas y las mujeres, entre otras cosas reforzando la implementación de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres y con programas educativos y de creación de conciencia;

A la luz de su observación general N° 1 (2001), sobre los propósitos de la educación, el Comité recomienda al Estado parte que:

c) Fortalezca las medidas para combatir el abandono escolar, teniendo en cuenta los motivos particulares por los que los niños y las niñas abandonan los estudios;».

cos, lo que aumenta sus condiciones de vulnerabilidad, tal como ocurre con las mujeres y las niñas habitantes de calle, entre otras.

Dicho esto, y aunque parezca increíble que sea necesario hacerlo, es importante tener clara la conexión de la menstruación y, más concretamente de la gestión de la menstruación, con la salud.

La afirmación es especialmente significativa, teniendo en cuenta la posición del Ministerio de Salud al respecto, para quien los elementos de aseo e higiene (en este caso menstrual) «no corresponden propiamente al ámbito de la salud» (Sentencia T-398 de 2019, §105). En un claro ejemplo de la invisibilidad del género conforme al método de Facio (1999), el Ministerio también confirma que el sujeto de la política de salud que tiene en mente, es ese sujeto desconectado de otros, por oposición al sujeto femenino, obviado por el derecho, descrito claramente por Robin West y que se construye a partir de la potencial conexión con otros, determinada —no solamente— por la menstruación (West, 2000, p. 89).

La realidad muestra, sin embargo, una evidente relación entre el acceso y el uso adecuado de productos de higiene menstrual y la salud de las mujeres. Profamilia lo explica muy bien en su intervención en el caso en estudio. Se apoya en lo que han dicho al respecto la OMS y UNICEF, para entender la gestión de higiene menstrual como

un proceso en el cual Mujeres y adolescentes que usan un material de control de la menstruación limpio para absorber o recolectar sangre que se puede cambiar en la intimidad tantas veces como sea necesario durante el período de menstruación, usar jabón y agua para lavar el cuerpo según sea necesario y tener acceso a las instalaciones para disponer de materiales de gestión menstrual usados (Cursiva original del texto) (Sentencia T-398 de 2019, §109).

Entendida de esta forma, la higiene menstrual implica — según Profamilia, retomada por la Corte— tres componentes: «a) la información sobre el ciclo menstrual y factores socio culturales; b) el acceso al agua y servicios de saneamiento básico y; c) los dispositivos de higiene menstrual» (*Ibidem*, §109). Las consecuencias de no tener en cuenta estos componentes pueden ser muy delicadas para la salud física y mental de las mujeres¹³.

El vínculo entre gestión de la higiene menstrual y la salud es un punto además esencial en el análisis del caso, en tanto la accionada inicial, la Secretaría de Salud del Distrito, en la misma línea del Ministerio, afirmó que los productos de higiene menstrual están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Esto quiere decir, como lo sintetiza la Corte en sus consideraciones, que «son servicios o tecnologías [que] deben tratarse como bienes cuya finalidad principal es un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas» (*Ibidem*, §276).

¹³ Profamilia lo explica muy bien, por eso vale la pena la citación in extenso: «estar relacionadas con infecciones de tracto urinario o genital, que pueden traer síntomas como flujos, ardor y dolor. Una infección de este tipo que no sea tratada adecuadamente, puede llegar a comprometer la fertilidad de las mujeres y ocasionar dificultades para llevar una sexualidad plena y placentera». Igualmente, «las mujeres con infecciones en la zona vaginal pueden presentar inflamaciones en sus partes íntimas que las pueden hacer más vulnerables a adquirir otro tipo de infecciones, como infecciones de transmisión sexual ITS y/o VIH/SIDA».

[...] Lo anterior lo apoya la entidad en un estudio, en el cual «[t]ras establecer aquellas [adolescentes] que no había (sic) contado con buena higiene menstrual por factures (sic) como la falta de aseo, reutilización de insumos, entre otros, se estableció su relación con afectaciones en salud física y mental. Dentro de los efectos más comunes están la escabiosis, la inflamación de los ovarios, el flujo vaginal que produce inflamación, ardor o rasquiña, el aumento de la frecuencia urinaria, la secreción anormal y las infecciones urinarias, entre otras» (Cursiva original del texto) (*Ibidem*, §113 y 114).





Además de replantear uno de los problemas jurídicos ya analizados a propósito de las sentencias que se pronunciaron acerca de la inexequibilidad de la tarifa del IVA a toallas higiénicas y tampones, resulta por lo menos decepcionante que las autoridades responsables de concebir e impulsar las políticas de salud del nivel nacional y distrital se contenten en repetir una exclusión, abiertamente inconstitucional y, por lo menos, excluyente e inequitativa, confirmando una vez más que, «al ser un problema femenino» y asignado a la esfera de lo privado, «parece natural que paguemos por esos productos como si fueran artículos de lujo en vez de productos de primera necesidad» (Tarzibachi, 2018, p. 42).

Con todo, la gestión de la higiene menstrual tiene directa conexión con el ejercicio pleno de otros derechos e incide directamente en su salud. Estas premisas permiten introducir ahora el análisis propuesto por la Corte, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos (DSR).

“El manejo de la higiene menstrual como escenario de la salud sexual y reproductiva”

Así sintetiza la Corte Constitucional buena parte de los aspectos constitucionales propios del caso de la señora Martha Cecilia Durán Cuy.

Previamente, la Corte ha reformulado el problema jurídico, al plantear que

el análisis sobre el suministro de toallas higiénicas a mujeres en habitanza de calle debe hacerse no sólo desde la perspectiva de los derechos a la vida y a la salud, sino también desde el ejercicio de la autodeterminación personal, en la medida en que puede llegar a afectar las decisiones individuales en torno a la sexualidad y la reproducción. **La Corte Constitucional ha reunido estos derechos –vida, salud, autodeterminación– en un concepto más amplio, denominado los derechos sexuales y reproductivos.** Asimismo, [y teniendo en cuenta algunas de las intervenciones allegadas al proceso, que] el suministro de toallas higiénicas debe verse desde la posible afectación al principio de dignidad humana, en sus dimensiones normativa y funcional, así como al principio de igualdad, no solo desde su prohibición de discriminación, sino también desde su faceta de la igualdad material (Negrilla fuera del texto original) (Sentencia T-398 de 2019, §129).

Las consideraciones también hacen un ejercicio de repaso muy completo de los DSR en general (*Ibidem*, §188), de sus dimensiones negativa y positiva (*Ibidem*, §189), precisando su carácter universal, pero también que la «intensidad de la protección varía» cuando se está frente a quienes han sido objeto de discriminaciones históricas, o bien, ante sujetos de especial protección. Dentro de los cuales están, por ejemplo, personas en condición de discapacidad, personas marginadas por razones socioeconómicas o por razones de género (*Ibidem*, §191).

La Corte también recuerda el contenido de los DSR. Los derechos reproductivos, por su parte, implican la autodeterminación reproductiva y acceder a servicios de salud que la garanticen. Los derechos sexuales agrupan la libertad sexual y los servicios de salud que garanticen el pleno ejercicio de dicha libertad

(*Ibidem*, §193-200). En este marco, la Corte recuerda el derecho a la educación sexual que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional y que hace parte de estos derechos sexuales y los principios que deben orientarla (*Ibidem*, §201-202).

Hecho este repaso, la Corte da paso a las consideraciones centrales para el caso que nos convoca: definir el derecho al manejo de la higiene menstrual y, por ende, la titularidad, el contenido y las dimensiones, aspectos que serán resumidos en lo que sigue.

La definición del derecho la construye la Corte sirviéndose en estudios especializados en la materia. Se trata de «[...] el derecho de toda mujer a usar adecuadamente el material para absorber o recoger la sangre menstrual»¹⁴ (*Ibidem*, §204). Al tiempo y antes de precisar los componentes específicos del derecho, advierte, siguiendo otra vez a la literatura al respecto, que este uso adecuado comprende cuatro condiciones esenciales, a saber: a) el empleo de material idóneo para absorber la sangre¹⁵; b) la capacidad para hacer el cambio de dicho material en privacidad y tan seguido como sea necesario¹⁶; c) el acceso a instalaciones, agua y jabón para lavar el cuerpo, así como para desechar el material usado¹⁷ y; d) la educación¹⁸ que permita comprender los aspectos básicos relacionados con el ciclo menstrual y cómo manejarlos de forma digna y sin incomodidad alguna (*Ibidem*, §204).

Estas condiciones van a determinar el contenido del derecho y que, subraya la Corte, no solo hacen parte de los DSR, sino de las finalidades sociales del Estado, definidas en el art. 366, inc. 1.º, en concordancia con el art. 43 de la Constitución Política (*Ibidem*, §217).

Del desarrollo propuesto por la Corte de cada uno de estos componentes, cabe resaltar dos exigencias que implica el tercero. La primera es que «el derecho al manejo de la higiene menstrual comprende la existencia de instalaciones que cuenten con suministro de agua potable, que le permita a la mujer realizar la limpieza corporal y de sus prendas» (*Ibidem*, §229). La segunda, que se configura una vulneración al derecho al acceso a instalaciones con agua potable, cuando el Estado no brinda espacios adecuados en lugares o instituciones públicas para poder realizar un manejo adecuado de la higiene menstrual; también existe una vulneración, cuando los colegios públicos no cuentan con baños adecuados para que las mujeres usen, cambien y desechen el material de absorción de sangre menstrual (*Ibidem*, §231).

La titularidad del derecho radica —según la Corte— en las mujeres, aunque aclara que no excluye a personas de identidades de género diversa (*Ibidem*, §206). Al respecto, tal vez hubiese sido más afortunado que la Corte hablara de personas que menstrúan. Esto no hubiese invisibilizado la intersección con el género, por ejemplo, teniendo en cuenta las mismas consideraciones de la Corte, la cual especifica lo siguiente:

La titularidad del derecho al manejo de la higiene menstrual debe revisarse también desde las situaciones especiales en las cuales viven las mujeres, conforme al artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de

14 VanLeeuwen, Crystal; Torondel, Belen, *Improving menstrual hygiene management in emergency contexts: literature of current perspectives*, en *International Journal of Women's Health*, No. 10, 2018, p. 169.

15 Ver las consideraciones de la Corte específicamente en la Sentencia T-398 de 2019, §218-223.

16 Ver: *Ibidem*, §224 y 225.

17 Consultar: *Ibidem*, §226-231.

18 *Ibidem*, §232 y 233.





Colombia. Ello significa que éste derecho puede variar en su intensidad y en su tipo de garantías según las condiciones etarias, culturales y socioeconómicas de la mujer (*Ibidem*, §206).

Esta última precisión tiene especial relevancia en tanto la condición de habitación de calle de la accionante es uno de esos factores que intersectan al sexo y al género, para sumar la clase, tal y como lo propuso la Defensoría del Pueblo en su intervención, así como lo identifica la Corte en sus consideraciones. Es más, la Corte precisa que:

En cuanto a las mujeres en situaciones de habitación de calle, la jurisprudencia constitucional [les] ha reconocido un estatus especial, así como unas obligaciones estatales derivadas de éste¹⁹. Para la Corte Constitucional, las personas en situación de habitación de calle son personas de especial protección reconocidos en el artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia debido a que, por un lado, fueron sujetos históricamente discriminados²⁰ y, por otro lado, el Estado tiene una deuda social con ellos²¹ (*Ibidem*, §209).

Por otra parte, la Corte advierte que la garantía del derecho a la gestión de la higiene menstrual requiere de acciones afirmativas muy concretas²² que faciliten el acceso a los productos de higiene menstrual, así como a las instalaciones adecuadas para cambiar el material de higiene en condiciones que garanticen la dignidad y la intimidad (*Ibidem*, §215). Estas tienen estrecha relación con la dimensión positiva del derecho.

Las consideraciones de la Corte acerca del derecho terminan justamente definiendo sus dimensiones negativa y positiva. «La primera hace referencia a la prohibición estatal de restringir la libertad que tiene la mujer de elegir la forma en que gestiona su higiene menstrual» (*Ibidem*, §234). «La segunda consiste en que el Estado debe desplegar todas las acciones posibles, para que la mujer cuente con las condiciones necesarias para poder practicar adecuadamente su higiene menstrual» (*Ibidem*, §235).

La dimensión positiva, especifica la Corte, exige la adopción de una política pública.

19 La línea jurisprudencial inicia con la sentencia de tutela T- 533 de 1992 y tiene como fallos recientes las sentencias de constitucionalidad C- 385 de 2014 y de tutela T- 092 de 2015. En esta línea se empleaba inicialmente los términos “indigencia” (respecto a la situación) e “indigente (respecto al sujeto). Posteriormente, la Corte Constitucional empleó el término “habitante de calle”. La línea jurisprudencial está compuesta por los siguientes fallos: sentencias de tutela T- 533 de 1992, T- 046 de 1997, T- 149 de 2002, T- 211 de 2004, T- 166 de 2007, T- 646 de 2007, T- 900 de 2007, T- 1098 de 2008, T- 323 de 2011, T- 929 de 2012, T- 413 de 2013, T- 108A de 2014, T- 266 de 2014, T- 043 de 2015 y T- 092 de 2015, así como las sentencias de constitucionalidad C- 1036 de 2003 y C- 385 de 2014.

20 C. Const., sentencia de tutela T- 092 de 2015.

21 C. Const., sentencia de tutela T- 533 de 1992.

22 Sommer, Marni; Kjellén, Marianne; Pensulo, Chibesa, Girl's and women's unmet needs for menstrual hygiene management (MHM): the interactions between MHN and sanitation systems in low-income countries, en *Journal of Water, Sanitation and Hygiene for Development*, 2013, pp. 288ss.

La situación de una mujer habitante de calle: una oportunidad para mejorar las políticas públicas en materia de higiene menstrual

El enfoque adoptado por la Corte para analizar el caso hizo desde el comienzo énfasis en la dimensión de la política pública. En el exhaustivo cuestionario que envió a otros entes territoriales, así como a organizaciones especializadas en el tema, se incluyeron preguntas específicas en este sentido, en el tercer eje temático²³.

Gracias a este interés, la Corte recaba información reveladora de caracterización de la problemática de habitancia de calle a escala nacional y en Bogotá. De las cifras nacionales, se tiene que:

De acuerdo a la Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y Seguridad Social, en Colombia hay 34.417 habitantes de calle²⁴. El 67% de esta población se encuentra en Bogotá, con un total de 23171 habitantes de calle²⁵ (*Ibidem*, §255).

[...] la mayoría de la población se encuentra entre los 30 y 34 años²⁶ (*Ibidem*, §256).

En cuanto a Bogotá, según cifras recogidas por el DANE y la Secretaría de Integración Social del Distrito,

[se] –censaron– 9538 habitantes de calle en Bogotá²⁷. El 89.4% de esta población es masculina (6211 hombres), mientras que el 10.5% es femenina (729 mujeres) y el 0.1% es de identidad sexual diversa (6 intersexuales) (*Ibidem*, §257).

23 «El tercer eje se denominó políticas y abordó tres temas. El primero fue general y en él se preguntó “¿qué debe entender una entidad pública por gestión de la higiene menstrual y cómo ésta afecta el diseño de políticas públicas (educación, salud, información, etc.)?”. El segundo tema fue la salud y se plantearon tres interrogantes: a) ¿cómo han tenido en cuenta las entidades públicas (nacionales y territoriales) el enfoque diferencial y la gestión de higiene menstrual en el diseño de políticas públicas?; b) ¿cómo tratan las entidades públicas la relación gestión de higiene menstrual y la salud preventiva en el diseño de políticas públicas y en la creación de normas aplicables a la salud?, y; c) ¿Las entidades públicas han tenido en cuenta la gestión de higiene menstrual en la identificación de utensilios financiados o no financiados en la prestación del servicio de salud? El tercer tema consistió en la sostenibilidad fiscal y en él se preguntó “¿cómo se armoniza la gestión de higiene menstrual con la elaboración y ejecución del presupuesto nacional o territorial?”» (Sentencia T-398 de 2019, §29).

24 Oficina de Promoción Social; Grupo de Gestión Integral en Promoción Social, 2018, op. cit., p. 34.

25 Oficina de Promoción Social; Grupo de Gestión Integral en Promoción Social, 2018, op. cit., p. 34.

26 Oficina de Promoción Social; Grupo de Gestión Integral en Promoción Social, 2018, op. cit., p. 37.

27 DANE; Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá, Documento de Caracterización Proyectos Especiales, Bogotá, 2018, p. 37; Secretaría Distrital de la Mujer, Caracterización de las habitantes de calle en Bogotá, en InfoMujeres, No. 43, Bogotá, 2019, p. 2.





En cuanto a las mujeres, son varios los datos recogidos, con todo y que —como señala la misma sentencia— «[l]a medición no tuvo en cuenta, sin embargo, si las mujeres se encontraban en condiciones para satisfacer sus necesidades básicas, tales como gestionar su higiene menstrual» (*Ibidem*, §259). En todo caso, tratándose de la población objeto de análisis en general en este documento, vale la pena retomar todas las estadísticas resaltadas por la Corte sobre esta población.

La Secretaría Distrital de la Mujer indicó, además, que el 31.7% de las mujeres son jóvenes —entre los 15 y los 29 años—, mientras que el 62.5% son mujeres adultas²⁸ —entre los 30 y 59 años—. La entidad también indicó que el 47.8% de las mujeres empezaron a habitar en la calle desde hace más de 10 años y el 18.7% entre los 5 y 10 años²⁹.

En relación con la salud, la Secretaría Distrital de la Mujer mencionó que el 67.5% de las mujeres en situación de habitancia de calle manifiestan sufrir una discapacidad, la cual está relacionada con problemas de visión, problemas respiratorios o cardiacos, y problemas cognitivos (aprender, recordar o decidir por sí mismas)³⁰. La entidad mencionó también que las enfermedades crónicas que más viven las mujeres en esta situación son la hipertensión, el VIH-SIDA³¹. Las causas de ésta última enfermedad son, según la entidad, “el intercambio de favores sexuales por drogas, el desconocimiento que tienen sobre sus derechos a una atención integral en salud y la exigibilidad de los mismos y la percepción de que, ante encuentros sexuales, las obligadas a cuidarse para prevenir el VIH, otras infecciones de transmisión sexual (ITS) y el embarazo son las mujeres”³².

A pesar de esta situación, la Secretaría Distrital de la Mujer indicó que sólo el 49.6% de las mujeres acudieron a un centro de salud formal³³, en especial cuando se estuvo ante una situación crónica o grave³⁴.

En cuanto al nivel educativo, la entidad informó que la tasa de analfabetismo en las mujeres habitantes de calle es del 87.2%. El 73.1% de ellas no logró terminar su educación básica (colegio) y sólo el 4.4% tienen alguna educación técnica o profesional³⁵ (*Ibidem*, §260-262).

Son preocupantes el nivel de analfabetismo y las afecciones de salud de estas mujeres (las cuales han sido generadas por aspectos justamente ligados a la sexualidad y a la reproducción).

Hecha esta caracterización, y en cuanto a los DSR se refiere, la Corte establece que hay una vulneración a la dimensión positiva de estos derechos (*Ibidem*, §272), en tanto:

- a) no existe una política integral de manejo de higiene menstrual, que abarque los componentes expuestos en las reglas y subreglas [sic] anteriores; b) no existe una colaboración adecuada entre la Secretaría distri-

28 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 2.

29 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 2.

30 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 3.

31 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 3.

32 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 3.

33 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 3.

34 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 3.

35 Secretaría Distrital de la Mujer, 2019, op. cit., p. 4.

tal de Salud y la Secretaría Distrital de Integración Social y; c) no hay un registro adecuado de los servicios prestados a Martha Cecilia Durán Cuy, que permitan inferir que ha recibido el suministro de material absorbente de sangre menstrual idóneo, ni capacitaciones sobre la higiene menstrual (*Ibidem*, §268).

Ante la ausencia de política, la Corte plantea la necesidad de una colaboración entre secretarías distritales. Y, en contravía con lo dicho tanto por el Ministerio de Salud como por la Secretaría Distrital de Salud, la jurisprudencia constitucional reitera que determinó el carácter insustituible de las toallas higiénicas y tampones³⁶, además de recordar que hacen parte de la canasta familiar, que son un componente esencial de la salud preventiva y que además les permiten a las mujeres y adolescentes desenvolverse en la vida cotidiana y ejercer otros derechos y libertades (*Ibidem*, §279 y 280).

A la línea aclara que «la menstruación de la mujer no debe ser tratada como una mera cuestión médica o patológica», sino como una cuestión propia de «la dignidad humana, del ejercicio de los derechos de las mujeres y de superación de situaciones de pobreza extrema, como la que viven las mujeres habitantes de calle» (*Ibidem*, §278).

Por todo esto, exige medidas concretas por parte del Estado para garantizar el acceso a los productos de higiene menstrual. Pero advierte que esto no implica que deban ser incluidos en el POS, por ejemplo. Lo que sí exige es que exista

una entidad responsable de identificar las situaciones de vulnerabilidad en el territorio y desplegar acciones que les permitan a las mujeres que se encuentren en dicha situación llevar una cotidianidad en condiciones dignas. Ese proceso de identificación y de toma de decisiones implica, además, el reconocimiento de otros factores que exceden el margen competencial de la salud, tales como condiciones socioeconómicas, educativas y culturales, los [sic] cuales son conocidas por entidades tales como Secretaría Distrital de la Mujer³⁷ y la Secretaría de Integración Social (Negrilla fuera de texto) (*Ibidem*, §282).

La Corte agrega otras pautas de política pública, en caso de que el Estado opte suministrar las toallas, por ejemplo, o subsidiar su adquisición, para garantizar que dichas ayudas no pueden estar sujetas

a condiciones desproporcionadas, tales como contraer la obligación de asumir un modelo de vida ideal, afectación al derecho a la autodeterminación. Por ejemplo, el Estado no puede condicionar la entrega a que la mujer en situación de habitanza de calle se inscriba en programas de “resocialización” (*Ibidem*, §287).

[Y] el Estado no puede obligar a una mujer a usar o dejar de usar un dispositivo que puede afectar sus convicciones (*Ibidem*, §289).

El suministrar estos productos exige prever infraestructura adecuada y un sistema de registro que inscriba a las personas beneficiarias y sus necesidades particulares, con el debido respeto del *habeas data* (*Ibidem*, §288 y 290).

Conforme a todas estas pautas de política pública, la Corte le ordena a la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá el suministro de los insumos adecuados para su higiene menstrual a la señora Martha Cecilia Durán Cuy. De esta forma, la Corte tutela sus derechos a la dignidad humana, así como sus de-



³⁶ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 117 de 2018.

³⁷ Véase, por ejemplo, la caracterización hecha por esta entidad en las consideraciones 258ss.



rechos sexuales y reproductivos relacionados con la gestión de la higiene menstrual.

Además, dichas pautas habrán de ser tenidas en cuenta para la formulación de la política pública territorial en materia de manejo de higiene menstrual para todas las habitantes de calle en Bogotá, que debía ser formulada por orden de la Corte en los seis meses siguientes, de forma coordinada por las Secretarías Distritales de la Mujer y de Integración Social. Esta última, además, debía adoptar en dos meses «un plan de contingencia, que comprenda acciones concretas para suministrar los insumos absorbentes idóneos para la higiene menstrual a favor de las integrantes de la población de mujeres en habitanza de calle, mediante un sistema de registro adecuado sobre la elección de los elementos necesarios para la mencionada higiene menstrual y el control individualizado de entregas» (Orden 5ª).

A modo de conclusión y gracias a la información suministrada por la Secretaría de Integración Social del Distrito, se sabe que el Plan de contingencia se hizo. «Tiene dos componentes: 1) la estrategia de suministro intramural, es decir en las unidades operativas (centros de atención, hogares, comunidades de vida); 2) abordaje de las mujeres en la calle; que se hace a través de los Ángeles azules»³⁸. La contratista también cuenta que la política está en construcción, pero que depende de la Secretaría de la Mujer.

En su opinión personal, las órdenes de la Corte fueron acertadas en «poner a pensar un tema» que en el Ejecutivo no se había pensado. En cambio, tienen algunos inconvenientes: el primero son los términos. La Corte define plazos que no consultan los calendarios ni las condiciones de planeación y de ejecución presupuestal. «Las órdenes de la Corte implican gastos». En este caso, además, el mandato habla de una política, cuando en realidad debería ser una estrategia. «El proceso para hacer una política es muy largo».

A estas consideraciones de la entrevistada, se pueden agregar otras. Si bien la Corte Constitucional le otorga un lugar central al tema de la política pública, está claro que concentra las recomendaciones, y desde luego las órdenes, a las condiciones del caso de amparo concreto. Dicho de otra forma, es el acceso a toallas higiénicas y a tampones el eje central. Esto finalmente deja de lado otros aspectos que podrían ser centrales en una política o estrategia sobre higiene menstrual, en general, y sobre los DSR de las mujeres habitantes de calle en particular.

Solo por dar un ejemplo, la OMS ha establecido que «[l]as mujeres en edad fértil presentan mayor riesgo de padecer anemia por la pérdida crónica de hierro durante el ciclo menstrual. Según las estimaciones, en el mundo hay 469 millones de mujeres en edad fértil con anemia. Al menos la mitad de los casos se atribuyen a ferropenia». La preocupación al respecto llevó a que varios Estados le solicitaran orientaciones para poder prevenir este problema y cumplir con los ODS. Y, en respuesta, la misma OMS «recomienda la administración intermitente de suplementos de hierro y ácido fólico como intervención de salud pública en mujeres menstruantes que vivan en entornos con una alta prevalencia de anemia», la cual ha calificado además de «recomendación fuerte» (OMS, 2012, pp. 1-2). Queda claro que se trata de un componente esencial, seguramente entre muchos otros, que habría que considerar en una política sobre el tema.

Desde luego que, tratándose de una acción de tutela, es comprensible que,

³⁸ Entrevista a Claudia Mojica, contratista de la Subdirección de Adultez. Bogotá, 16 de junio.

de alguna forma, la Corte limite sus órdenes de carácter general. Pero ya que la última de las órdenes consiste en exhortar a los entes territoriales en general a pensar en el tema del acceso a productos de higiene menstrual, cabía a nuestro juicio la posibilidad de sugerir una reflexión más amplia tanto sobre la higiene menstrual en general de todas las habitantes del territorio en edad reproductiva, así como sobre los DSR de las mujeres habitantes de calle. Esperemos que no se requieran nuevas acciones de tutela para que los gobiernos nacional y locales se interesen en estos temas.

La protección constitucional del derecho al aborto: avances en espera de la despenalización

La interrupción voluntaria del embarazo, otra vez a examen constitucional

Las dos decisiones más recientes (una de tutela y una de constitucionalidad) de la Corte Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) son interesantes porque, en primer lugar, ponen de manifiesto las barreras que siguen existiendo para las mujeres que quieren poner fin al proceso de gestación dentro de los parámetros legales y también, porque muestran las dificultades que genera un esquema en el que cohabitan el derecho fundamental a abortar en las tres causales establecidas por la Sentencia C-355 de 2006 y la tipificación de la conducta en el Código Penal en el resto de supuestos. Veamos brevemente de qué se trata cada uno.

El caso estudiado [en la acción de tutela] es el de **una mujer que tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras evidentes para lograr la protección de sus derechos, lo que implicó realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para rogar la práctica del procedimiento de aborto y someter los certificados médicos al escrutinio de varios profesionales que parecían objetar conciencia bajo la apariencia de objetividad** (Negrilla original del texto) (Ámbito Jurídico, 2019).

Esta mujer, denominada con el seudónimo Emma en el fallo para proteger su identidad e intimidad, no tenía los recursos para pagar el procedimiento por su cuenta, por lo tanto, interpuso acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud (EPS) Compensar, para que le fuera realizada la IVE, alegando la urgencia de la situación, ya que para, entonces, luego de tantas dilaciones, podía «sufrir un daño irreversible que [ponía] en peligro [su] vida» (Sentencia SU-096 de 2018, §21). El procedimiento ya había sido autorizado por un médico, quien había certificado tanto la causal salud, como la de malformación del feto (*Ibidem*, §18). El Juzgado de única instancia decretó como medida provisional la realización de la «aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo». No obstante, la notificación de la acción de tutela y la respectiva orden fueron recibidas por la EPS luego de haberse practicado dicho procedimiento. Por consiguiente, el mismo juzgado decidió luego que el amparo no procedía por tratarse de un hecho





superado. Y aunque confirmó la medida provisional, negó el tratamiento integral de Emma a cargo de la EPS. Dicha decisión es la que será objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Por su parte, la demanda de inconstitucionalidad alegaba que «el aborto inducido afecta la dignidad, la integridad psicológica y física de las mujeres que abortan voluntariamente», a la vez que «pone en peligro la conciencia y la salud mental de los médicos que realizan el procedimiento con autorización de los Estados, atenta contra la vida, la dignidad, la intimidad y la integridad de los niños y niñas indefensos» y, por lo mismo, atacaba al art. 122³⁹ del Código Penal (Ley 599 de 2000) de inexecutable (Corte Constitucional, Comunicado de prensa N.º 11 de 2020, p. 1).

La respuesta de la Corte a esta última acción va a ser negativa. Más precisamente, la Corporación se declara inhibida para pronunciarse de fondo, en razón de los múltiples defectos de la demanda⁴⁰, los cuales resume de alguna manera al afirmar que no queda claro qué se pretendía con la acción (Corte Constitucional, Comunicado de prensa N.º 11 de 2020, p. 2).

La acción de tutela en cambio (Sentencia SU-096 de 2018) va a dar lugar a un juicioso trabajo de síntesis por parte de la Corte, de los aspectos fundamentales de la línea jurisprudencial que ha determinado el contenido, el alcance, los fundamentos y, sobre todo, las obligaciones estatales que implica la garantía material del derecho de las mujeres al aborto en tanto derecho reproductivo. En dicha síntesis insiste en el carácter de derecho fundamental de la IVE en las tres causales. El fallo además se ocupa de unificar los estándares con respecto a dos de las causales despenalizadas por la Corte Constitucional que convergen en el caso concreto y de insistir en la urgencia de una regulación proteccionista por parte del Legislativo y del Ejecutivo.

La pertinencia de la decisión se explica, en buena parte, teniendo en cuenta el contexto hostil que sigue existiendo para las mujeres que quieren interrumpir su embarazo de forma legal. Por eso, para introducir el presente análisis, la Defensoría quiere retomar algunas de las consideraciones que planteó en la intervención en el proceso, así como algunos nuevos hallazgos al respecto para luego ahondar en el estudio de las principales consideraciones y decisiones de la Corte Constitucional en la sentencia.

Los obstáculos para la IVE: un derecho en entredicho antes, durante y un poco más con la pandemia

Uno de los puntos en los que insistió la intervención de la Defensoría en el caso de tutela que analizamos ahora fue en mostrar los múltiples obstáculos que impiden, dilatan o dificultan el ejercicio del derecho a la IVE a las mujeres

³⁹ Esta fue la norma declarada «CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-355 de 2006 “en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”» (Corte Constitucional, Comunicado de prensa N.º 11 de 2020, p. 1).

⁴⁰ El Comunicado es muy preciso al señalar que la demanda no presenta argumentos suficientes para entrar a revisar la cosa juzgada constitucional que existe con respecto a la norma acusada, tampoco encuentra que proponga razones poderosas que legitimen dicha revisión, así como tampoco se cumplen los requisitos de certeza, especificidad, pertinencia, suficiencia y claridad. Al contrario, la Corte halla argumentos vagos, el planteamiento de un problema de conveniencia o de corrección de la norma señalada a partir de interpretaciones y evidencia información empírica, recogida y presentada siguiendo opiniones puramente personales.

y niñas que acuden a los prestadores de servicios de salud para la práctica del procedimiento a que haya lugar. A la dimensión casi estructural de algunos de ellos, como habremos de ver, se han sumado ahora unas nuevas complicaciones ligadas al contexto impuesto por la pandemia del COVID-19 y, especialmente, por las medidas de confinamiento y virtualización de los trámites judiciales y administrativos. Pero, en general, el tipo de barreras o dificultades pueden agruparse en tres tipos: el primero tiene que ver con la disponibilidad y aceptabilidad del derecho, el segundo con temas de divulgación y formación y el tercero, con decisiones judiciales proferidas por otros tribunales y jueces. Explicaremos puntualmente cada uno.

Acerca de los obstáculos que afectan la disponibilidad del derecho, resultan particularmente ilustrativos los trabajos realizados por el Ministerio de Salud y Protección Social en conjunto con el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, por Dejusticia, e incluso las investigaciones adelantadas por la misma Defensoría del Pueblo. En sus análisis, todas estas instituciones coinciden en concluir que las barreras hacen más lento y gravoso el tratamiento de las pacientes existentes en la práctica de la IVE, y pueden incluso llevarlas a desistir de su decisión, es decir que constituyen en sí mismas una vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres en el país.

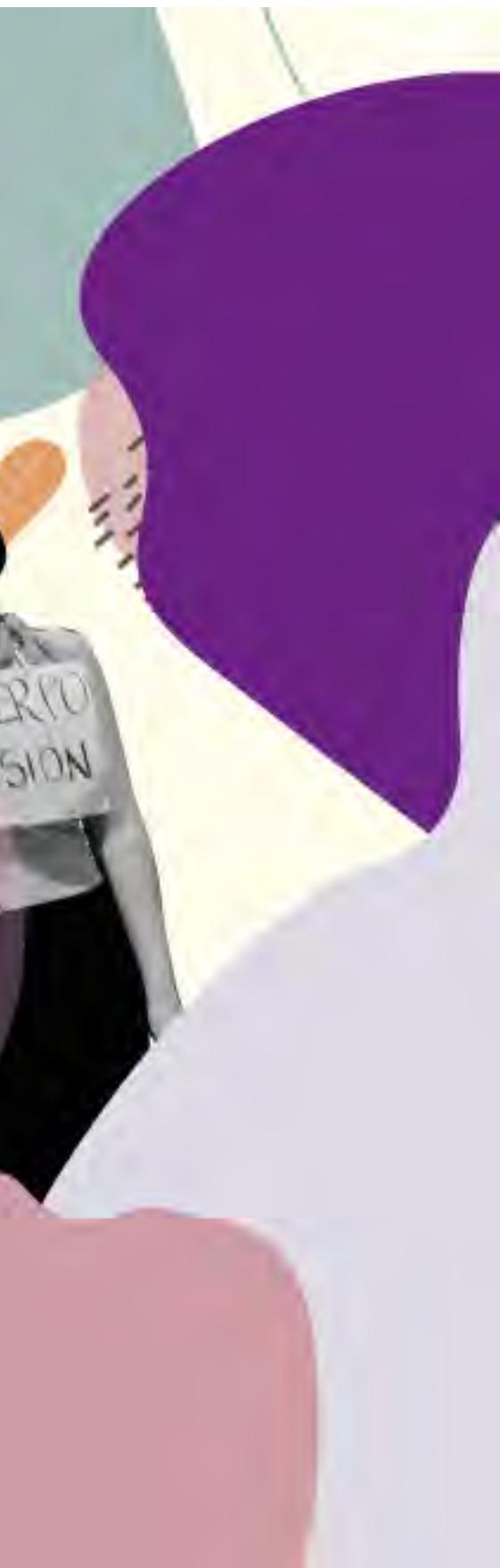
Así por ejemplo, dentro del trabajo realizado por el Ministerio de Salud y Protección Social y el UNFPA sobre los *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas* (2014), se hace evidente el hecho de que las mujeres y niñas que solicitan la práctica de procedimientos de IVE se enfrentan en una considerable proporción a distintas barreras, límites y requisitos que no guardan ninguna relación con las condiciones establecidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el efecto y que vulneran gravemente sus derechos fundamentales. En particular, llama la atención que el diagnóstico por regiones reporte que casi la mitad de las mujeres y niñas que solicitaron una IVE e hicieron parte del estudio padecieron algún obstáculo para que se les practicara el correspondiente procedimiento. De esta manera, se tiene que en la Región Central un 43,8 % de la población entrevistada denunció barreras para el ejercicio de su derecho fundamental, en la Pacífica un 50 %, en la Amazonía-Orinoquía un 50 % y en la Oriental un 57,1 % (MinSalud y UNFPA, 2014, p. 165).

Igualmente, resulta preocupante el hecho de que dicho porcentaje se eleva hasta el 66,7 %, en aquellos casos en los que las mujeres y niñas que solicitaron una interrupción voluntaria del embarazo enmarcada en las causales señaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional acudieron a proveedores públicos de servicios de salud y fue allí en donde se obstaculizó el procedimiento. Este hallazgo revela una incoherencia grave dentro del mismo Estado.

Lo anterior coincide con los análisis de la Defensoría del Pueblo en la materia, realizados en 2014 y centrados en las regiones con mayor prevalencia de violencia sexual en los años anteriores, es decir, en Casanare, Meta, Quindío y Amazonas, así como en La Guajira y en Chocó. Esta entidad encontró que, en relación con la disponibilidad, el principal problema tiene que ver con la falta de oferta institucional para garantizar los servicios de IVE y respecto de la aceptabilidad, el mayor obstáculo está relacionado con el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales y funcionarios del sistema de salud.

De conformidad con la información obtenida, la Defensoría pudo evidenciar que, en los departamentos antes referidos, la cantidad de profesionales capacitados para la práctica de procedimientos de IVE es limitada y que muchos de ellos





no practican tales procedimientos, ya sea por alegar la condición de objetor de conciencia (en cumplimiento de las formalidades establecidas para el efecto, o bien, de hecho) o porque simplemente no los realizan.

Sobre el particular, se obtuvieron los siguientes datos:

Tabla 3. Profesionales capacitados en IVE vs. profesionales que lo practican

Departamento	N.º de profesionales capacitados en IVE	N.º de profesionales que practica IVE
Amazonas	1	0
Casanare	12	1
Chocó	6	3
La Guajira	3	1
Meta	17	8
Quindío	2	2

Fuente: elaboración propia partir de los registros de la entidad.

Por otra parte, se hizo evidente que en tales zonas las instituciones de salud que realizan procedimientos de IVE se encuentran concentradas en las capitales de departamento, elemento que hace aún más visible la dificultad con que cuentan las mujeres habitantes de las zonas rurales para la práctica de los mismos, más aún si se tiene en cuenta que en algunas de estas regiones del país hacen presencia comunidades étnicas que habitan en lugares de difícil acceso, respecto de las cuales, además, se carece de enfoque diferencial en su atención.

Igualmente, la Defensoría halló que las dificultades más relevantes de accesibilidad al servicio de IVE obedecen a la falta de difusión de la Sentencia C-355 de 2006 y al desconocimiento del derecho fundamental por parte de las autoridades, funcionarios y funcionarias y la sociedad en general, que suman un segundo tipo de obstáculo. Aquí también caben los problemas de comprensión acerca del alcance de la causal de afectación a la salud mental como un presupuesto válido para el acceso a la IVE y el desconocimiento de los protocolos para llevar a cabo el procedimiento en determinadas edades gestacionales, todos, barreras graves que impiden la garantía en la calidad del derecho fundamental a la IVE.

Lo anterior se corresponde con el trabajo realizado por la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, la cual ha hecho una caracterización de estos obstáculos desde hace unos años (González y Castro, 2017) y también desde la declaratoria de la emergencia sanitaria (Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2020). El primer análisis propuso una caracterización de los obstáculos a partir de la información recopilada de 925 casos acompañados por esta iniciativa entre 2006 y 2015. Así identificaron tres grandes grupos: 1) El desconocimiento del marco legal, específicamente de la Sentencia C-355 de 2006 y de la línea jurisprudencial y reglamentación posterior. 2) La interpretación restrictiva del marco legal, la cual a su vez cubre otras barreras aún más específicas (como la solicitud de requisitos adicionales, la limitación de prestación de los servicios con fundamento en la edad gestacional, el uso inconstitucional de la objeción de conciencia y la implementación restrictiva de la causal salud). 3) Las fallas en la prestación del servicio de salud que abarca desde los errores del personal de salud, las fallas administrativas, la falta de protocolos, hasta la violencia y malos tratos contra las mujeres (Ibidem, 2020, p. 16).

Las denuncias y consultas que recibe la Defensoría del Pueblo a diario le permiten afirmar con certeza que dichos obstáculos persisten actualmente y que no se han ofrecido alternativas efectivas que conduzcan a su superación.

A la gravedad de este panorama se suman las complicaciones que ha traído consigo la emergencia sanitaria por efecto del COVID-19. Ahora entonces, las mujeres reportan que no están agendado citas médicas para prestar el servicio y que algunos prestadores no están considerando el acceso a la IVE como un servicio de carácter esencial. La virtualización de la justicia ha complicado la interposición de tutelas, peticiones, recursos, así como hacerles seguimiento. Las restricciones en los desplazamientos y en el acceso al transporte también se han convertido en un problema⁴¹. La coyuntura ha implicado, además, una falta de claridad en las rutas de atención de acceso a la IVE mientras dure la emergencia y la virtualización no es necesariamente incluyente, no solo por las desigualdades en el acceso y uso de internet, sino también por la falta de privacidad que implica la cuarentena en los hogares (*Ibidem*, 2020, p. 19).

El confinamiento colectivo implica, asimismo, un riesgo altísimo de aumento de embarazos indeseados⁴², empezando por aquellos producto de la violencia sexual intrafamiliar. Según las cifras del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es un hecho comprobado que los principales agresores, de niños y niñas también, son los familiares (39,36 %) y los conocidos (35,57 %) (2015, p. 363). Y en caso de embarazos resultados de violaciones sexuales en los hogares, el acceso a procedimientos seguros de IVE puede tornarse aún más difícil justamente por el control familiar y la cohabitación impuesta por las medidas de cuarentena.

El tercer y último tipo de obstáculo que nos parece importante señalar tiene que ver con las decisiones judiciales de otros tribunales, jueces y Cortes. Los pronunciamientos de jueces de instancias y, en especial, de las Altas Cortes, contrarios al precedente establecido en la Sentencia C-355 de 2006 o que evidencian una comprensión errada del sistema de fuentes del derecho, se han constituido en graves barreras para el ejercicio del derecho fundamental a la IVE de las mujeres y las niñas en el país, por lo cual debe evitarse a toda costa que se produzcan otros fallos que generen este efecto, ya que ponen en riesgo la vida, salud, dignidad e integridad de esta población. También han incrementado y complejizado el problema de salud pública surgido de la práctica de la IVE en lugares clandestinos por parte de quienes —pese a encontrarse incursas en las causales reconocidas para el ejercicio de este derecho fundamental—, les es obstruido y solo encuentran como alternativa el acudir a esa opción.

Concretamente, la Defensoría ha constatado cómo la rápida difusión de la Sentencia T-532 de 2014⁴³ entre los miembros del sector salud ha producido que

41 El informe reporta que: «No se les está garantizando el traslado médico a las mujeres que son remitidas a otras regiones del país. En el caso de las mujeres que cuentan con afiliación al sistema de seguridad social en salud, sus EPS no están garantizando el traslado médico (como es su deber), aduciendo la falta de transporte público y negando el uso de las ambulancias, pues, según alegan, están destinadas exclusivamente para casos de covid-19. Esto, aunado al cierre de los terminales de transporte aéreo y terrestre intermunicipales, hace que no sea posible el acceso al procedimiento de IVE de manera oportuna. Por su parte, las mujeres no aseguradas, como las migrantes venezolanas, que se encuentran en áreas rurales con limitados servicios de salud, carecen de posibilidades para trasladarse a capitales de departamento donde puedan ser atendidas» (Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2020, p. 18).

42 Según el UNFPA, si el confinamiento se prolonga durante 6 meses, «se prevén 7 millones más de embarazos no planeados». Repercusión de la pandemia de covid-19 en la planificación familiar y la eliminación de la violencia de género, la mutilación genital femenina y el matrimonio infantil. 27 de abril del 2020. Informe provisional. En: https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_23_April_2020_ES.pdf (Citado por: Mesa por la Vida, 2020, p. 20).

43 Este fallo consideró que era posible denegar la realización de la IVE en embarazos en una etapa gestacional avanzada. Un criterio no previsto en la C-355 de 2006 y que, además, asumía que si había probabilidades de que el feto sobreviviera por fuera del vientre materno, esta





un grupo considerable de estos se opongan a realizar los procedimientos. Para esto, se soportan en la idea de que son ellos quienes tienen la facultad de determinar si el procedimiento puede llevarse a cabo si se toman en cuenta ciertas características como la etapa gestacional; incluso, a través de la imposición de toda clase de obstáculos pueden contribuir al aumento de la misma, para que cuando ya se encuentre avanzada, negarse a realizar la IVE, argumentando también que se carece de protocolos seguros para hacerla. Desafortunadamente, los demás pronunciamientos de la Corte en relación con la protección y garantía del derecho fundamental a la IVE no han contado con la misma divulgación y apropiación por parte de quienes deben participar del procedimiento. Por fortuna, la Corte, en la decisión que se analiza ahora, aclara las inconsistencias generadas por fallos, como el de 2014, y unifica su jurisprudencia al respecto.

Hay decisiones de otras Altas Cortes que también han desconocido o malinterpretado el precedente jurisprudencial de la C-355 de 2006. Un ejemplo elocuente es la sentencia del 13 de octubre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante la cual fueron anuladas algunas de las instrucciones de la Circular N.º 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud «por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política, de los Tratados Internacionales y de las sentencias de la Corte Constitucional, y se deroga la Circular No. 03 de 2011» (Consejo de Estado, 2016).

En esta providencia, el Alto Tribunal no solo desconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en la que se fundamentó la Superintendencia para dictar las instrucciones correspondientes con el fin de que los prestadores de salud adoptaran las medidas adecuadas para el ejercicio del derecho fundamental a la IVE de las mujeres y niñas y que ordenó reiteradamente a dicha entidad adoptar este tipo de actos, sino que incluso evidenció su incomprensión de la Sentencia C-355 de 2006, dado que afirmó, por ejemplo, que fueron sentencias de revisión de tutela las que prohibieron la objeción de conciencia institucional, pero en realidad —como ya se reseñó— fue dicha providencia de control de constitucionalidad la que expresamente así lo hizo. A partir de esto, anuló importantes instrucciones, dificultando con ello que la población femenina del país pueda acudir al sistema de salud para realizarse el procedimiento cuando se encuentra facultada para ello por estar incurso en alguna de las causales mencionadas previamente.

Así pues, como puede observarse, la gran mayoría de barreras enunciadas con anterioridad, además de resultar inaceptables a la luz de la jurisprudencia constitucional existente en relación con el derecho a la práctica de la IVE, tiene como efecto directo una dilación injustificada en la realización de tales procedimientos y, por consiguiente, una mayor evolución en la edad gestacional del embarazo al momento de la práctica efectiva de los mismos.

Con este panorama presente, la lectura y el estudio de la Sentencia SU-096 de 2018 resulta mucho más pertinente. La Corte se posiciona con respecto al caso concreto y, en general, frente a los obstáculos para el acceso a la IVE, principalmente reiterando su carácter de derecho fundamental; esclareciendo las causales de malformación del feto y de peligro de la vida o la salud de la mujer gestante; explicitando los estándares que se derivan del derecho fundamental y, finalmente, llamando la atención sobre el vacío regulatorio del derecho.

circunstancia anulaba o hacía ineficaz la causal salud, desconociendo lo establecido por la misma Corte, y que la Defensoría explicó en la intervención que aquí se retoma parcialmente, y es que, el criterio médico exigido debe versar sobre la salud y las condiciones físicas y mentales de la mujer involucrada y no respecto del avance gestacional del feto.

La IVE: un derecho reproductivo de carácter fundamental

En la introducción al presente capítulo se retomó el concepto de derechos sexuales y reproductivos (DSR). La Corte también comienza sus consideraciones precisando esta categoría, especialmente la de derechos reproductivos, porque justamente el acceso a la IVE, dirá expresamente la sentencia, hace parte de estos derechos. Por lo mismo, comparte su orientación, fundamento y contenido obligacional. Al respecto, retoma los términos de la Sentencia C-355 de 2006, para aclarar en principio algunos aspectos generales y a la vez esenciales sobre el derecho, su contenido y fundamento.

1. El primero es una aclaración conceptual y de naturaleza jurídica fundamental para el tema. La Corte explica que la Sentencia C-355 de 2006 hizo una distinción entre la vida como valor o bien constitucionalmente protegido y la vida como derecho subjetivo. Esta distinción es importante porque, dice la Corte, el derecho subjetivo no es absoluto y, por lo mismo, puede ser ponderado con otros valores, principios y derechos constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, §40).
2. La Corte reitera además que el embrión o feto no es persona, pero sí es un objeto de protección. No es entonces titular del derecho a la vida. Al tiempo explica que la protección estatal a la gestación se hace a través de la mujer gestante, en línea con lo que han establecido estudios desde hace varias décadas sobre el tema (Lemondé, 2009).
3. La Corte también reafirma que la discriminación histórica en contra de las mujeres, especialmente o también en las dimensiones sexual y reproductiva, exige una protección reforzada y efectiva de sus derechos, incluyendo los DSR. Y es precisamente para no cosificar a las mujeres que la Corte consideró que la penalización absoluta del aborto no era constitucional, en tanto instrumentalizaba a las mujeres «como un simple medio para alcanzar un fin reproductivo» (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, §41).
4. También expone que las tres causales hacen parte inescindible del derecho fundamental, dada su vinculación directa con la realización del derecho a la IVE, así como con la dignidad humana y el marco normativo internacional expuesto en la introducción.
5. Por eso mismo, es dado y hay que analizar el derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física y mental de la mujer gestante; así como cuando existe grave malformación del feto que hace inviable su vida. Dicho en otras palabras, hay un derecho fundamental específico en cada supuesto (en estas y también en la causal de embarazo producto de violencia sexual). Derechos fundamentales que serán explicados en detalle con posterioridad en el fallo.
6. Dicho carácter iusfundamental, insiste la Corte, compromete a todos los órganos del Estado, a todos los servidores públicos y, desde luego, a los prestadores públicos y privados de seguridad social y a los particulares (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, §37).
7. La sentencia de 2018 también aclara que el Congreso de la República tiene potestad para establecer en qué otras hipótesis el aborto no ha de ser





punible. Así quedó establecido desde la Sentencia C-355 de 2006, la cual puntualizó, en definitiva, que

el legislador puede prever otras [causales] en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, §42).

Hechas estas aclaraciones preliminares, pero claramente esenciales para la protección, garantía y ejercicio del derecho fundamental a la IVE, la Corte plantea el problema jurídico central, en los siguientes términos:

¿Una EPS o una IPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y a los derechos reproductivos en su faceta de derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), al no autorizar y practicar el procedimiento “*aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo*” a pesar de contar con el documento que certifica en el feto una “*malformación SNC fetal - holoprosencefalia*”, y en la mujer un diagnóstico “[*a*]fecto reactivo ansioso depresivo” y un “*episodio mixto de ansiedad y depresión*”? (Cursivas originales del texto) (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, §III.5).

La respuesta al mismo vendrá vía la aclaración del sentido de estas causales, frente a las cuales —admite la Corte— ha habido una cierta disparidad de criterios en las Salas de revisión, que exige entonces una unificación.

Unificación de jurisprudencia acerca de las causales salud y malformación del feto

El primer planteamiento de la Corte sobre la causal de peligro para la vida o salud física de la mujer es muy importante y contundente. La sentencia explica que el Estado no puede obligar a la mujer embarazada a «*asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general*». En otras palabras, que resulta desmesurado imponer el “*sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación*» (Cursivas originales del texto) (*Ibidem*, §46). Y para la Corte, esto también se predica de los embarazos consentidos.

La Corte aclara además la distinción entre «el peligro para la vida y el peligro para la salud de la mujer. Esto implica el reconocimiento de la afectación a la salud mental» (Ámbito Jurídico, 2019), lo cual es coherente con la comprensión del derecho propia del DIDH, que comprende «*el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental*» (art. 12 del PIDESC), en tanto, «*el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica*» (Cursivas originales del texto) (*Ibidem*, §47).

Esto quiere decir que, como en el caso de Emma, bastaba con la certificación médica de psiquiatría que acreditaba la afectación a su salud mental, para que se configurara la causal. En ese sentido, resulta suficiente contar con una certificación médica que puede ser expedida, como en el caso concreto, por un profesional externo a la EPS. La certificación debe acreditar la afectación o la amenaza a la salud física o mental de la mujer gestante, generada por el estado de embarazo (Jaramillo y Espinosa, 2019, pp. 26-28).

La Corte entonces deja claro que la causal salud comprende la salud mental, que el estándar a aplicar es flexible, que basta acreditar la amenaza a la salud

física o mental de la mujer gestante, mediante una certificación médica sin más requisitos formales.

Aclaraciones similares hará con respecto a la causal de malformación del feto que haga inviable su vida.

[...] indicó la sentencia que es necesario contar con el certificado médico que establezca que el feto “probablemente no vivirá”, en razón de una “grave malformación”. Es decir, la IVE bajo esta perspectiva no comporta aborto eugenésico o selectivo por motivos de discapacidad general (Ámbito Jurídico, 2019).

La Corte es muy clara al explicar la diferencia radical que existe entre la causal del aborto selectivo por discapacidad o por motivaciones eugenésicas, supuestos que tienen motivaciones completamente diferentes. El propósito del aborto protegido constitucionalmente es el alivio de la mujer a quien no se le puede obligar a convivir con un feto que seguramente no vivirá (Sentencia SU-096 de 2018, §53). No es “mejorar la raza” (un propósito por demás absurdo, sabiendo que las razas no existen, tal como lo ha demostrado la ciencia).

El fallo explica de paso que no existe un conflicto con las normas del DIDH que protegen a la población con discapacidad, en tanto

[l]a Convención DPCD [...] no reconoce derechos a la vida en gestación o a los fetos, sino exclusivamente a las **personas** de la especie humana⁴⁴. El feto, según se señaló en la sentencia C-355 de 2006 y más recientemente en la sentencia C-327 de 2016, carece de esa denominación. Su amparo, en el orden constitucional vigente, solamente obedece a su valor como bien superior objeto de protección (Negrilla original del texto) (*Ibidem*, §57).

Lo que sí proscribe esta Convención es la discriminación por motivos de discapacidad y de eliminar los prejuicios negativos sobre esta (*Ibidem*, §57); prejuicio que en lo absoluto es alimentado por la C-355 de 2006, la cual despenalizó el aborto cuando se está frente a un feto que muy seguramente no podrá llegar a ser persona. La Corte además reitera que la causal no procede en los casos en que «el feto presente cualquier malformación, sino únicamente cuando sea diagnosticado, que el feto “probablemente no vivirá”, lo que se prueba con una certificación médica» (Jaramillo y Espinosa, 2019, pp. 26-28).

De esta manera, concluye la Corte, a la luz de las observaciones del órgano supervisor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención DPCD), las causales de IVE por anomalías fetales que establecen como condición la incompatibilidad con la vida, son convencionalmente admisibles⁴⁵ (*Ibidem*, §56).

⁴⁴ En su artículo primero, la Convención DPCD define su ámbito de aplicación y establece la titularidad de los derechos humanos en las personas con discapacidad. En ese sentido indica: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Énfasis añadido).

⁴⁵ Esta Convención fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 1346 de 2009. Así mismo, fue materia de examen por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-293 de 2010.





Así las cosas, los estándares de la causal concretamente son:

1. **Se parte de una probabilidad de que la vida del feto es inviable;**
2. **Prevalecen los derechos de la vida formada, sobre la protección de un feto que posiblemente no vivirá;**
3. **Forzar a una mujer a terminar un embarazo en esas condiciones se traduce en tortura y en una afectación a la dignidad humana.**
4. **La certificación deberá establecer que el feto “probablemente no vivirá”, en razón de “una grave malformación”** (Cursiva original del texto) (Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2019).

Finalmente, la Corte también hace otras precisiones importantes acerca de los plazos para la petición y realización de la IVE, la objeción de conciencia y las medidas provisionales.

Otras precisiones sobre la IVE: entre tiempos, objeciones de conciencia y medidas provisionales

En sintonía con lo que había planteado la Defensoría en su intervención, así como muchos otros *amicus*, la Corte reafirmó que la C-355 de 2006 no estableció plazos temporales para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo y, más concretamente, que «la jurisprudencia actual no impone límites a la edad gestacional» para tal fin (Ámbito Jurídico, 2019).

Este aspecto queda mucho más claro luego de las consideraciones y determinaciones de la Corte sobre la causal salud. Es más, tal y como lo recogió la sentencia,

[p]ara la Defensoría [en general] no es pertinente establecer que la “*viabilidad en el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es la edad gestacional del feto, acompañada de una valoración médica que indica que la misma es suficiente para que el mismo sobreviva fuera del vientre*”, en línea con la jurisprudencia constitucional es suficiente con demostrar “*la existencia de un riesgo manifiesto de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la mujer gestante*” para hacer procedente el procedimiento (Cursiva original del texto) (Sentencia SU-096 de 2018, Anexo 2, §25).

De esta forma, la Corte aclara con acierto las confusiones generadas por la Sentencia T-532 de 2014 antes mencionada. Por lo mismo, es urgente que se hagan esfuerzos a escala nacional, regional y local para que el personal de salud involucrado actualice su conocimiento y comprensión del tema en este sentido.

Es más, la Sentencia SU-096 de 2018 también deja claro que «los profesionales de la salud deben informar a la mujer embarazada sobre los alcances y riesgos del procedimiento, atendiendo a la edad gestacional, para que la decisión y el consentimiento sea libre e informado» (Ámbito Jurídico, 2019).

Y siguiendo con las aclaraciones de la Corte que conciernen al personal de salud, la sentencia objeto de análisis establece lo siguiente:

Los profesionales de la medicina pueden eximirse de realizar el aborto por motivos de conciencia, solo si se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y seguridad para la salud y vida de la mujer, sin imponer cargas adicionales.

Bajo esta perspectiva, la objeción de conciencia solo procede para el personal médico que realiza directamente el procedimiento. Lo anterior implica que no es una posibilidad que radique en titularidad del personal con funciones administrativas, ni de quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias o que tengan a su cargo tareas posteriores a la intervención (Ámbito Jurídico, 2019).

Los otros estándares establecidos por la Corte se refieren a:

- El deber de las entidades de seguridad social en salud, públicas y privadas, de suministrar información sobre la regulación referente a la IVE.
- Los profesionales de la salud deben salvaguardar la confidencialidad de la paciente y del trámite como garantía del derecho a la intimidad.
- Las entidades de seguridad social deben dar una respuesta sobre la petición de la interrupción voluntaria del embarazo y llevarla a cabo si es posible en 5 días máximo. Y en general, prestar un servicio oportuno a las mujeres que se encuentren bajo las tres causales (Jaramillo y Espinosa, 2019, pp. 26-28).

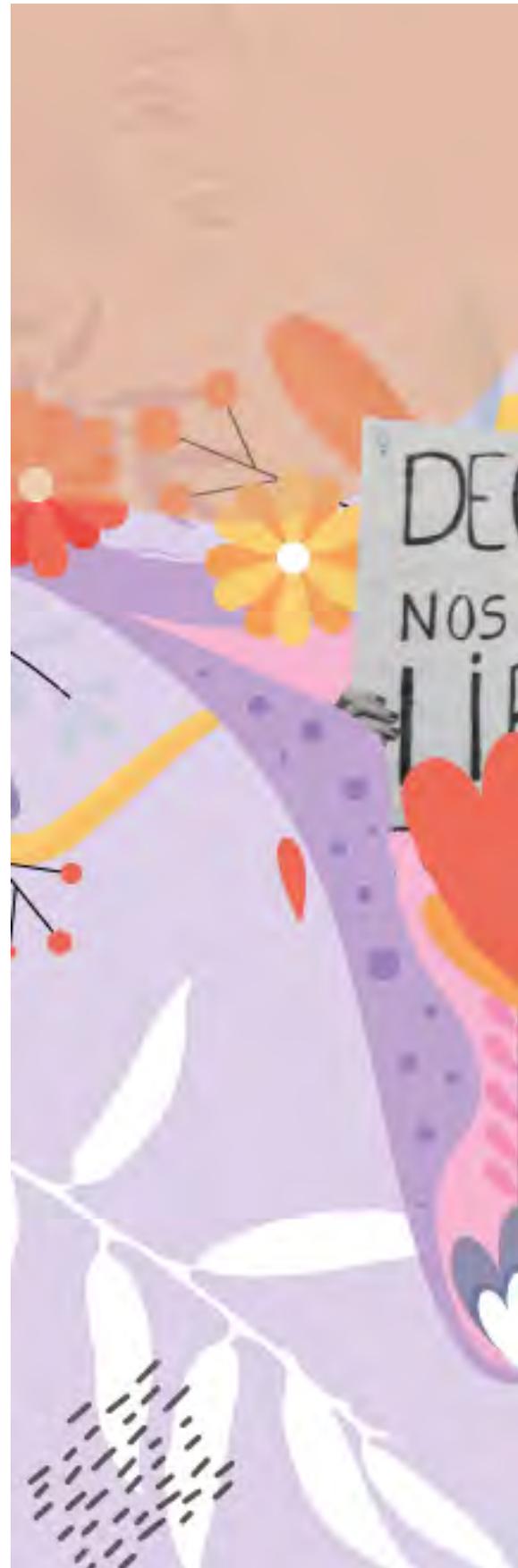
Hay otros puntos importantes que el fallo esclarece. El primero tiene que ver con la procedibilidad de la IVE para niñas y adolescentes. Al respecto, la Corte establece que «los menores de edad tienen plena autonomía para decidir sobre tratamientos e intervenciones en su cuerpo que afecten su desarrollo sexual y reproductivo, dentro de los cuales se incluye la IVE» (Ámbito Jurídico, 2019). Esto significa que no se requieren autorizaciones de quienes tienen la representación legal y que la Corte hace una interpretación coherente con el elemento de autodeterminación estructural en los DSR.

Por último, aunque no por eso menos importante, la Corte se pronuncia acerca de la medida provisional ordenada por el juez de instancia. En sus consideraciones, se suma a lo planteado tanto por la Defensoría del Pueblo como por la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, al determinar que, excepcionalmente, el juez constitucional puede adoptar medidas cautelares de carácter irreversible, cuando esté frente a «situaciones extremas en las que estén en peligro derechos fundamentales que requieran medidas de protección urgentes -como la realización de una cirugía-». De hecho, estima que el juez de tutela hizo un análisis razonado y proporcionado del material probatorio⁴⁶ (Sentencia SU-096 de 2018, §161) y que no hizo nada distinto a proteger los derechos de la accionante con dicha decisión.

Estas consideraciones no hacen sino reafirmar lo que la jurisprudencia constitucional ha dicho acerca del sentido y propósito de las medidas provisionales que puede decretar el juez de tutela:

La protección provisional está dirigida a: i) proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio; ii) salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en amenaza de vulneración; y iii) evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso, perjuicios que no se circunscriben a los que pueda sufrir el demandante. De ahí que, el juez está facultado para “ordenar lo que considere procedente” con arreglo a estos fines (Sentencia T-103 de 2018).

⁴⁶ El cual acreditaba, como advirtió la Defensoría y recoge el fallo: «i) la configuración de la causal de inviabilidad del feto para la vida, con fundamento en el diagnóstico y el tratamiento establecido por el médico tratante; ii) la voluntad clara, expresa e informada de la madre respecto de la práctica de dicho procedimiento; y iii) la negativa injustificada de las instituciones sanitarias a las que acudió la accionante para el efecto, la cual ocasionaba una grave amenaza a sus derechos fundamentales» (Cursiva original del texto) (Sentencia SU-096 de 2018, Anexo 2, §25).





Queda claro entonces que la Corte hace un real trabajo de unificación en esta sentencia de tutela, lo cual —visto el vaso medio lleno— contribuye en la garantía de los derechos de las mujeres y niñas. Sin embargo, y la Corporación también va a aceptarlo, sería ideal que el Congreso de la República condensara toda la línea jurisprudencial en una legislación sistematizada y conforme a los estándares internacionales en la materia. Dos de las medidas de la parte resolutive del fallo van en esa dirección.

Decisiones para seguir tutelando y garantizando el derecho a la IVE

Con todo y que Emma pudo finalmente hacer el procedimiento correspondiente en el marco del servicio de salud prestado por la EPS Compensar, la Corte encontró vulnerados el derecho fundamental a la IVE por las causales esclarecidas en el fallo, la de amenaza o peligro para la vida o salud de la mujer gestante, así como la malformación del feto que hace inviable su vida, en razón de la dilación injustificada en el trámite.

Llama la atención que la Corte hubiese sido tan escueta en su pronunciamiento con respecto a la EPS. Se extraña, por ejemplo, que hubiese decretado medidas de no repetición, como sugiere Ana María Méndez de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres⁴⁷. «No hubo una orden directa y fuerte contra la EPS», acota. Apreciación que la Defensoría encuentra muy pertinente, teniendo en cuenta que la acumulación de barreras para que las mujeres ejerzan su derecho a la IVE en los términos establecidos en la C-355 de 2006 puede incluso llegar a constituir violencia institucional, esa figura ya analizada en el presente documento.

La Corte igual reconoce que los obstáculos para ejercer el derecho se mantienen, a pesar de la claridad de la Sentencia C-355 de 2006. Vale la pena retomar los términos en los que lo plantea:

[...] aún existe todo tipo de trabas y barreras para que las mujeres que solicitan la IVE no puedan acceder de manera oportuna y en las condiciones adecuadas, con consecuencias irreversibles o que obligan a que se practique en forma indebida con grave peligro para su salud, teniendo que acudir a la acción de tutela para lograr que se garantice su derecho a la atención debida. Esta situación implica, un evidente incumplimiento de los compromisos internacionales que asumió el Estado colombiano como lo ha observado la Comisión sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para garantizar el derecho de las mujeres a decidir de manera autónoma la práctica de la IVE, en los casos permitidos. Pues tal y como se desarrolló en la parte dogmática, la imposición de barreras para este tipo de procedimiento constituye violencia y discriminación contra la mujer (Sentencia SU-096 de 2018, §170).

Y el fallo no se queda ahí. Como remedio constitucional:

1. Exhorta al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule la materia, avanzando en la protección de los derechos fundamentales de la mujer y buscando eliminar las barreras aún existentes para el acceso a la IVE.
2. Ordena al Ministerio de Salud y de Protección Social emitir una regulación para todas las EPS del país, relacionando las reglas dispuestas por esta Corporación con relación al derecho fundamental a la IVE y las sanciones ante su incumplimiento.

⁴⁷ Entrevista con Ana María Méndez, asesora jurídica y de incidencia. Bogotá, 18 de junio de 2020.

Los términos son contundentes: el Legislativo, si finalmente se resuelve a proferir una ley en la materia, deberá hacerlo para seguir progresando en la garantía del derecho a la IVE en los términos ya consolidados por la jurisprudencia constitucional⁴⁸. Esto tiene sentido, dado que la misma Corte ha sido muy clara al afirmar que la falta de regulación del derecho no es óbice actualmente para ejercerlo en las tres causales y para que sea objeto de protección vía acción de tutela.

La orden al Ministerio, por su parte, busca abiertamente contrarrestar varios de los obstáculos señalados en la primera parte de este capítulo, en especial los relativos a la información y divulgación.

Subrayando una vez más todas las virtudes de esta sentencia de unificación, la Defensoría del Pueblo comparte la preocupación y lo planteado por la Corte Constitucional, en el sentido de que hay que avanzar y mejorar cada día la protección y garantía de los derechos de las mujeres y niñas en Colombia y, por lo mismo, considera que la única dirección posible para lograr superar ese déficit de protección (como lo plantean algunos de los argumentos de los magistrados que salvaron el voto en la Sentencia C-088/20) es despenalizar completamente la IVE.

La Defensoría comparte el análisis que indica que el tipo penal conduce a una discriminación contra las mujeres por el simple hecho de serlo, la cual se profundiza cuando se trata de mujeres de escasos recursos económicos (Corte Constitucional, Comunicado de prensa n.º 11 de 2020, p. 5), que viven en zonas alejadas, que hacen parte de comunidades que obstaculizan, entorpecen y/o finalmente impiden el ejercicio del derecho a decidir sobre su número de hijos, conforme al mandato constitucional del art. 42, así como a disponer sobre su propio cuerpo.

De hecho, las cifras mundiales más recientes revelan que no hay ninguna diferencia significativa en el número de abortos que se realizan en los países que tienen leyes muy restrictivas sobre el tema (que lo prohíbe por completo o que solo lo permite para salvar la vida de la mujer), y aquellos que tienen lugar en los países con la regulación menos restrictiva (permitidas sin restricción de razón): 37 y 34 por cada 1.000 mujeres, respectivamente (Guttmacher Institute, 2017). La gran diferencia, en cambio, son las condiciones en las que se realizan estas IVE. La criminalización lo que genera es el aumento radical del número de procedimientos que se hacen en la clandestinidad, poniendo en riesgo la salud y la vida de las mujeres y niñas, en clara contravía además de lo propuesto por el Programa de Acción a 20 años, que advirtió desde su creación que los abortos en condiciones de riesgo son una causa importante de mortalidad materna y «una importante cuestión de salud pública» (La Conferencia de El Cairo, 1994, p. 3).

Dicho de otra forma, la criminalización de la conducta a la luz del enfoque de género e interseccional, lo que ha hecho es crear y reactualizar un trato diferenciado entre las mujeres, que no tiene sustento legal ni constitucional alguno y que expone a la sanción penal solo a las mujeres que más necesitan del Estado y de los servicios de seguridad social y salud para ejercer sus DSR en condiciones de dignidad.

⁴⁸ Un recurso de nulidad fue presentado contra la sentencia por el partido Centro Democrático, alegando que el principio de libertad de configuración legislativa había sido vulnerado. La Corte desestimó los argumentos por varias razones: primero, porque los demandantes no acreditaron tener legitimación en la causa. Pero más allá del requisito procesal, la Corte aclaró el sentido de sus exhortos al Congreso, ya que no es la primera vez que lo hace. Al respecto, precisó que se trata de un llamado a la colaboración entre poderes públicos, en este caso, «para efectos de que cumpla con su deber constitucional de regular asuntos de relevancia constitucional, como lo es, el derecho fundamental a la IVE». La Corte finalmente dijo que la acción buscaba reabrir el debate propio del proceso resuelto en la sentencia (Corte Constitucional, Auto 558 de 2019).

Bibliografía

Ámbito Jurídico. (2019). *Corte Constitucional exhorta nuevamente a regular la IVE*. [Consultado el 14 de julio de 2020]. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/corte-constitucional-exhorta-nuevamente-regular>

Bharadwaj, S. y Patkar, A. (2004). *Menstrual hygiene and management in developing countries: taking stock*. Junction Social, Social Development Consultants.

Bravo Medina, P. (12 de mayo de 2016). La colombiana que 'hackeó' la toalla higiénica para cambiar la vida de las niñas en África. En: *CNN Español*. [Consultado el 12 de julio de 2020]. <http://cnnespanol.cnn.com/2016/05/12/la-colombiana-que-hackeo-la-toalla-higienica-para-cambiar-la-vida-de-las-ninas-en-africa/>.

Buriticá Alzate, J. (2013). The Menstrual Closet: Analysis of the Representation of Menstruation in Japanese and Colombian Advertisements for Feminine Hygiene Products. En *ICU Comparative Culture*. N.º 45, pp. 29-59. http://subsites.icu.ac.jp/org/sscc/pdf/juliana_45.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). (2016). *Observación General núm. 22* (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22.

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. *Sentencia 2013-00257*. Radicación número: 11001-03- 24-000-2013-00257-00. 13 de octubre de 2016. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Corte Constitucional de Colombia. (2 de marzo de 2020). Comunicado de prensa N.º 11 de 2020.

Corte Constitucional de Colombia. *Auto 558 de 2019*. M. P.: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-355 de 2006*. M. P.: Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-096 de 2018*. Expediente T-6.612.909. M. S.: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-103 de 2018*. Expediente T-6.448.561. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-398 de 2019*. Expediente T-6.820.861. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-532 de 2014*. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

De Beauvoir, S. (1949). *El segundo sexo*. Siglo XX Editores.

El Periódico. (18 de septiembre de 2019). *Australia desestima las quejas por la sangre menstrual en la publicidad*. <https://www.elperiodico.com/es/extra/20190918/australia-desestima-las-quejas-por-la-sangre-menstrual-en-la-publicidad-7639686>

Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Facio, A. y Fríes L. (Ed.), *Género y Derecho*. Santiago de Chile, Ediciones LOM, pp. 99-136.

Gálvez Díaz, F. (2016). *Una aproximación a los itinerarios corporales de la menstruación* [Tesis para optar título profesional, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología]. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144954/Una%20aproximaci%C3%B3n%20>



[a%20los%20itinerarios%20corporales...pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

George, R. (2013). *Celebrating Womanhood: How better menstrual hygiene management is the path to better health, dignity and business*. Water Supply & Sanitation Collaborative Council.

González, A. C., y Castro, L. (2017). *Barreras de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia*. Bogotá: La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. https://ngx249.inmotionhosting.com/~despen5/wp-content/uploads/2019/02/12.-Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

Guttmacher Institute. (2018). *Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access*. [Consultado el 15 de julio de 2020]. <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017#>

Human Rights Watch. (2017). *La higiene menstrual es una cuestión de derechos humanos. Guía sencilla para terminar con la discriminación y el abuso*. Agosto. <https://www.hrw.org/es/news/2017/08/31/la-higiene-menstrual-es-una-cuestion-de-derechos-humanos>

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2015). *Exámenes médico legales por presunto delito sexual. Colombia, 2015*. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49523/Violencia+sexual.pdf>

Jaramillo Muriel, M. y Espinosa Contreras, L. (2019). *Análisis de las causales del aborto en el ordenamiento jurídico colombiano*. EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín. 50 p.

Jean-Yves LE NAOUR et Catherine VALENTI. «Du sang et des femmes. Histoire médicale de la menstruation à la Belle Époque». *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 14 | 2001, mis en ligne le 03 juillet 2006. [Consulté le 12 juillet 2020]. <http://journals.openedition.org/clio/114> ; DOI : <http://sci-hub.tw/10.4000/clio.114>

Morán Faúndes, J. M. (2018). Religión, secularidad y activismo heteropatriarcal: ¿qué sabemos del activismo opositor a los derechos sexuales y reproductivos en Latinoamérica? *Revista de Estudios de Género: La Ventana*, 5(47), 97-138.

La Conferencia de El Cairo. (1994). *Boletín de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo (Egipto), 5 a 13 de septiembre de 1994. <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpcontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Equidad%20de%20Género/Secciones/Plantillas%20Genéricas/Documentos/2011/Sem%20Comunicación%20Equidad/057%20La%20conferencia%20de%20el%20Cairo%20-%20Conferencia%20población%20y%20el%20desarrollo.pdf>

Lemonde, L. (2009) Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes. *Les Cahiers de droit*, 50 (3-4), 611-635. <https://doi.org/10.7202/039335ar>

Lusk-Stover, O.; Rop, R.; Tinsley, E. y Rabie, T. (2016). La menstruación causa ausentismo escolar de las niñas en el mundo. *Blog del Banco Mundial*, 29 de julio. [Consultado el 12 de julio de 2020]. <https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-menstruacion-causa-ausentismo-escolar-de-las-ninas-en-el-mundo>.

McClive, C. (2013). Engendrer le tabou. L'interprétation du Lévitique 15, 18-19 et 20-18 et de la menstruation sous l'Ancien Régime. *Annales de démographie historique*, 125(1), 165-210. doi:10.3917/adh.125.0165.

Mesa por la vida y la salud de las mujeres. (2019). *Ficha jurisprudencial. SU-096 de 2018*. <https://derechoalaborto.com/conoce-las-sentencias/sentencia-su-096-de-2018/ficha-jurisprudencial-sentencia-su-096-de-2018/#-consideraciones>

Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. (2020). *Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en el contexto de la pandemia por COVID-19*.



Informe técnico (Periodo: 1 de marzo a 31 de mayo de 2020). Bogotá. 23 p. <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2020/07/Inf-tecnico-Covid19-v8-1.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (MinSalud) y Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). (2014). *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*. Bogotá. Págs. 165-179. <http://www.profamilia.org.co/docs/SM%20-Determ%20aborto%20inseguro.pdf>

ONU Mujeres. (2018). *El progreso de las mujeres en Colombia 2018: transformar la economía para realizar los derechos. Resumen Ejecutivo*. Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. (2010). *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Resolución A/RES/64/292. Julio de 2010.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994*. S.95.XIII.18

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2012). *Directriz: Administración intermitente de suplementos de hierro y ácido fólico en mujeres menstruantes*. NLM: WH 160, 28 p.

Plan Internacional. (2015). *Los estigmas que todavía rodean la menstruación tienen un impacto perjudicial en la vida de las niñas*. [Consultado el 12 de julio de 2020]. <https://plan-international.es/news/2015-09-14-los-estigmas-que-todav%C3%ADa-rodean-la-menstruaci%C3%B3n-tienen-un-impacto-perjudicial-en-la>

Tarziabchi, E. (2017). *Cosa de mujeres. Menstruación, género y poder*. Bs. As., Sudamericana, 336 p.

Tarziabchi, E. (2018). Menstruar también es político. *Bordes, Revista de Política, Derecho y Sociedad*. Noviembre-enero.

Treibel, G. (2014). Sangra y desarma. En *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-8718-2014-03-22.html>

UNICEF, Pontificia Universidad Javeriana (PUJ). *Higiene menstrual en las niñas de las escuelas del área rural en el Pacífico colombiano: Chocó – Bagadó, Cauca - Santander de Quilichao, Nariño – Ipiales*. (s. f.). <https://www.javeriana.edu.co/documents/7590033/9029152/MHM+Cartilla.pdf/7a686b1c-91a4-4d9a-be36-cce24ae86dc0>

West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Siglo del Hombre.

WSSCC/WaterAid/Unilever. (2013) *We can't wait: A report on sanitation and hygiene for women and girls*. <https://www.wsscc.org/resources-feed/cant-wait-report-sanitation-hygiene-women-girls/>

Young, I. M. (2005). *On Female Body Experience. Throwing like a Girl and other Essays*. New York: Oxford University Press.

Serie
Punto de
encuentro

LA PROTECCIÓN Y
GARANTÍA DE LOS
DERECHOS HUMANOS
DE LAS MUJERES Y NIÑAS
A TRAVÉS DEL LITIGIO
CONSTITUCIONAL

Volumen I.

Los derechos sexuales
y reproductivos como
un asunto de interés
constitucional